

# CSR-bezogene Vorstands- und Aufsichtsratspflichten und ihre Sanktionierung

Prof. Dr. GREGOR BACHMANN, LL.M. (Michigan), Berlin\*

*Inhaltsübersicht*

ZGR 2018, 231–261

I. Einleitung . . . . .	232
II. CSR-Pflichten der Gesellschaft . . . . .	232
1. Berichtspflicht . . . . .	232
2. Keine Pflicht zur CSR . . . . .	233
III. CSR-bezogene Pflichten des Vorstands . . . . .	235
1. Berichtspflicht oder Verhaltenspflicht? . . . . .	235
2. Auffächerung und Erfüllung der Pflicht . . . . .	236
3. Delegation und Gesamtverantwortung . . . . .	238
IV. CSR-bezogene Pflichten des Aufsichtsrats . . . . .	240
1. Prüfungs- und Rechenschaftspflicht . . . . .	240
2. Überwachungs- und Beratungspflicht . . . . .	240
3. Personal- und Vergütungsentscheidungen . . . . .	243
4. Geltung der Business Judgment Rule . . . . .	243
V. Sanktionen bei unrichtiger Erklärung . . . . .	244
1. Sanktionsmechanismus . . . . .	244
2. Beanstandung im Rahmen der Abschlussprüfung bzw. Bilanzkontrolle . . . . .	244
3. Strafen und Bußgelder . . . . .	245
4. Zivilrechtliche Haftung . . . . .	247
5. Anfechtung von HV-Beschlüssen . . . . .	251
6. Verbesserung der Durchsetzung . . . . .	257
VI. Fazit . . . . .	261

*Der Beitrag untersucht die Pflichten von Vorstand und Aufsichtsrat unter dem neuen CSR-Reporting-Regime. Sein Schwerpunkt liegt auf der Sanktionsfrage. Er kommt zu dem Schluss, dass die Neuregelung neue Berichtspflichten kreiert, die Verhaltenspflichten der Verwaltung aber nicht fundamental geändert hat. Die Sanktionen sind streng genug, um den Anforderungen des EU-Rechts zu genügen, ohne außergewöhnliche Risiken für die Verwaltung zu bergen. Ob sie treffsicher genug sind, um „Greenwashing“ zu vermeiden, muss die Zukunft zeigen.*

*This article analyzes the obligations of both management and the supervisory board of a German stock corporation under the new CSR-reporting regime, with a particular focus on sanctions. It*

\* Prof. Dr. GREGOR BACHMANN, LL.M. (Michigan), Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Unternehmensrecht an der Humboldt-Universität zu Berlin. Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verfasser am 11. Januar 2018 auf dem ZGR-Symposium gehalten hat.

*concludes that the new rules have established additional reporting requirements, but have not fundamentally changed the obligations regarding the management of the company. The sanctions are strict enough to be in accordance with EU requirements, but do not pose extraordinary risks for management. Whether they need to be streamlined in order to effectively prevent “greenwashing” remains to be seen.*

## I. Einleitung

*Corporate Social Responsibility* („CSR“), noch vor wenigen Jahren als „Modethema“ oder „Nebenkriegsschauplatz“ bezeichnet,<sup>1</sup> gewinnt stetig an Bedeutung. Spätestens seit der Verabschiedung der CSR-Richtlinie und ihrer Umsetzung schwillt die juristische Literatur an. Im Zentrum stehen die Bedeutung von CSR als solcher und die neuen Berichtspflichten.<sup>2</sup> Im vorliegenden Beitrag wird ein anderer Akzent gesetzt: Beleuchtet werden soll die Rolle derjenigen, die als Organe für die Umsetzung des CSR-Reporting intern verantwortlich sind.

Dabei ist folgende Eingrenzung vonnöten: Behandelt werden nur CSR-bezogene Pflichten, die sich aus dem *Bilanzrecht* (§§ 289b ff HGB) ergeben. Ob Vorstand und Aufsichtsrat darüber hinaus soziale Belange verfolgen dürfen, ist Gegenstand eines anderen Beitrags.<sup>3</sup> Nicht eigens behandelt wird zum zweiten die *GmbH*, da §§ 289b ff HGB praktisch vor allem die AG betreffen. Ein Schwerpunkt wird bei den *Sanktionen* gesetzt. Denn die Frage, wozu die Organe verpflichtet sind, wird erst relevant, wenn abweichendes Verhalten sanktioniert ist. Um das komplette Bild zu sehen, ist mit den Pflichten der Gesellschaft zu beginnen.

## II. CSR-Pflichten der Gesellschaft

### 1. Berichtspflicht

Die Gesellschaft ist gem. § 289b HGB zur Abgabe einer sog. *nichtfinanziellen Erklärung* verpflichtet, die Teil des Lageberichts ist oder in Form eines *gesonderten nichtfinanziellen Berichts* erfolgt (nachfolgend zusammenfassend

1 Siehe HOPT, EuZW 2010, 561 („Nebenkriegsschauplatz“); FLEISCHER, ZGR 2011, 155, 157 („Modethema“); jetzt aber DERS., AG 2017, 509: „großes Gegenwarts- und Zukunftsthema [...] des Aktien-, Bilanz- und Kapitalmarktrechts“.

2 Vgl. SPIESHOFFER, Unternehmerische Verantwortung, 2017; WOLFMAYER, Steuerung von Corporate Social Responsibility durch Recht, 2016; zu weiteren Stimmen und Themen siehe FLEISCHER, AG 2017, 509ff.

3 J. VETTER, ZGR 2018, 338ff (in diesem Heft).

„CSR-Bericht“). Die Berichtspflicht ist eine Erfolgspflicht. Um sie zu erfüllen, sind Vorarbeiten, wie die Beschaffung und Aufbereitung der erforderlichen Informationen, zu leisten. Diese stellen aus Sicht der Korporation nur eine Art Obliegenheit dar. Geschuldet nach außen ist lediglich der (korrekte) Bericht.

## 2. Keine Pflicht zur CSR

### a) CSR-Pflichten aufgrund sondergesetzlicher Regelung (Compliance)

Im CSR-Bericht ist auch auf Maßnahmen einzugehen, die gesetzlich vorgegeben sind, etwa zur Achtung der Beteiligungsrechte von Arbeitnehmern oder zur Bekämpfung von Korruption. Selbstverständlich sind die Unternehmen nicht nur verpflichtet, hierüber zu berichten, sondern müssen das dahinter stehende Recht auch einhalten. Die Berichtspflicht mag insofern redundant erscheinen, ist aber nicht bedeutungslos. Der Bericht zwingt die Gesellschaft, sich mit diesen Themen zu beschäftigen. Mittelbar wird hierdurch die Compliance-Sensibilität befördert.

### b) Keine weitergehenden CSR-Pflichten

Das HGB legt keine über die Berichtspflicht hinausgehenden Pflichten fest. Soweit nicht zwingendes Recht dazu anhält, ist die Gesellschaft daher *nicht* verpflichtet, den in § 289c Abs. 2 HGB genannten Aspekten Rechnung zu tragen.<sup>4</sup> Nichts anderes folgt aus der zugrunde liegenden CSR-Richtlinie, obgleich diese den Übergang zu einer nachhaltigeren Wirtschaft anstrebt.<sup>5</sup> Denn dieser Zweck soll indirekt über den Zwang zu mehr Transparenz erreicht werden und darf kein regulatorisches Eigenleben entfalten.<sup>6</sup> Ihn unter der Hand zum Regelungsgegenstand zu erheben, wäre mit den Grundsätzen

4 MOCK, ZIP 2017, 1195, 1196; REHBINDER, FS Baums, 2017, S. 959, 960. Eindeutig auch die Gesetzesbegründung, siehe BR-Drucks. 547/16, S. 53: „Die Kapitalgesellschaft muss [...] selbst entscheiden, wie sie mit nichtfinanziellen Themen umgehen möchte und ob und wie sie diesbezüglich ein Konzept entwickelt und umsetzt“. Anders noch HOMMELHOFF, FS Hoyningen-Huene, 2014, S. 137 ff, mit dem konsequenten, vom Gesetzgeber aber nicht aufgegriffenen Vorschlag, die CSR-Pflichten im Verbandsrecht zu verankern. Zur Möglichkeit CSR-Belange bei der Unternehmensführung zu berücksichtigen bereits SPINDLER, FS Hommelhoff, 2012, S. 1133, 1137 ff.

5 Vgl. RL 2014/95/EU, Erwägungsgrund 3: „Die Angabe nichtfinanzieller Informationen ist nämlich ein wesentliches Element der Bewältigung des Übergangs zu einer nachhaltigen globalen Wirtschaft, indem langfristige Rentabilität mit sozialer Gerechtigkeit und Umweltschutz verbunden wird“.

6 Abzulehnen insofern HOMMELHOFF, FS Kübler, 2015, S. 291, 295, der aus dem eben zitierten Erwägungsgrund ein neues Unternehmensziel ableiten will.

teleologischer Gesetzesauslegung unvereinbar.<sup>7</sup> Dass sich aus künftigen EU-Rechtsakten anderes ergeben mag,<sup>8</sup> steht auf einem anderen Blatt.

Erwogen werden könnte allenfalls ein *Optimierungsgebot*, wie man es z. B. für das Bank- und Kapitalmarktrecht vorgeschlagen hat.<sup>9</sup> Nach diesem Gedanken wären die Adressaten des § 289b HGB verpflichtet, die CSR-bezogenen Normen so anzuwenden, dass diese möglichst optimal zur Geltung gelangen. Ein solches Gebot schösse aber über das von §§ 289b ff HGB Angeordnete hinaus. Der dahinter stehende Gedanke, Unternehmen bei der Anwendung offener Normen als Delegat von Gemeinwohlbelangen zu betrachten, passt allenfalls insofern auf die CSR-Berichtspflicht, als es um die Anwendung von § 289e HGB (Weglassen nachteiliger Angaben) geht.

### *c) Keine Bindungswirkung der positiven CSR-Erklärung*

Erklärt eine Gesellschaft in ihrem CSR-Bericht, bestimmte Maßnahmen zur Förderung der in § 289c Abs. 2 HGB genannten Belange zu treffen, stellt sich die Frage, ob sie Dritten, namentlich den Benefiziaren, zur Erfüllung verpflichtet ist. Diese Frage ist zu verneinen. Denn es handelt sich, für die Adressaten erkennbar, nicht um Willens-, sondern um Wissenserklärungen.<sup>10</sup> Aus vertrauens-theoretischen Überlegungen folgt nichts anderes, da ein Erfüllungsanspruch aus in Anspruch genommenem Vertrauen, wenn überhaupt, nur ausnahmsweise in Betracht kommt und die diskutierten Ausnahmen hier nicht einschlägig sind.<sup>11</sup> Keine Bindungswirkung bewirkt auch das Lauterkeitsrecht, das an die irreführende CSR-Erklärung allenfalls Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche knüpft.<sup>12</sup>

Im Schrifttum will man aus der positiven CSR-Erklärung die Pflicht ableiten, sich um die Verwirklichung der dort genannten Konzepte zu bemühen.<sup>13</sup> Zur

7 Aufschlussreich dazu HERZBERG, NJW 1991, 1633, 1634.

8 Vgl. den Abschlussbericht der „High-Level Expert Group on Sustainable Finance“ v. 31.1.2018 und dazu FECHTNER/HEITKER, Brüssel bereitet Regelwerk für grüne Investments vor, Börsen-Zeitung v. 26.1.2018, S. 3.

9 Vgl. LANGENBUCHER, FS Lwowski, 2014, S. 333, 345f; siehe auch HELLGARDT, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 657ff.

10 Vgl. BACHMANN, WM 2002, 2137, 2139 (zu § 161 AktG); KOCHER, DStR 2010, 1034, 1036 (zu § 289f HGB).

11 Näher CANARIS, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 411 ff.

12 Vgl. §§ 3, 8f UWG i.V.m. Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG. Näher ROTH-MINGRAM, Corporate Social Responsibility in der Sozialen Marktwirtschaft, 2017, S. 126ff m. w. N.

13 WELLER/KALLER/SCHULZ, AcP 216 (2016), 387, 411; ROTH-MINGRAM, aaO (Fn. 12), S. 270f; DIES., NZG 2015, 1341, 1344; im Anschluss an WELLER/BENZ, AG 2015, 467, 472, die ihrerseits auf DRYGALA, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl., 2015, § 111 Rdn. 67g, verweisen (betr. Frauenzielquote).

Begründung wird auf die Unterscheidung zwischen Erfolgspflicht und Bemühenspflicht verwiesen. Die Frage, ob ein Bemühen oder ein Erfolg geschuldet ist, kann sich aber nur da stellen, wo überhaupt etwas geschuldet wird. Die „Selbstverpflichtung“ der Gesellschaft erzeugt jedoch keine Obligation. Allerdings ruft sie Erwartungen hervor, deren Enttäuschung Reputationseinbußen verursacht. Dies begrenzt das Vorstandsermessen und führt so zu einer *internen* Selbstbindung. Für die Mitarbeiter ergibt sich die Pflicht zur Umsetzung der vom Vorstand beschlossenen CSR-Konzepte aus dem Direktionsrecht (§ 106 GewO).

### *III. CSR-bezogene Pflichten des Vorstands*

#### *1. Berichtspflicht oder Verhaltenspflicht?*

Über §§ 76, 93 AktG wird die Berichtspflicht der Gesellschaft in das Innenverhältnis zwischen Gesellschaft und Vorstand transponiert. Gegenüber der AG ist der Vorstand also verpflichtet, das zu tun, wozu die Gesellschaft nach außen verpflichtet ist. Um die Berichtspflicht der Gesellschaft zu erfüllen, muss er bestimmte Vorarbeiten leisten (z. B. die Beschaffung der betreffenden Informationen). Während sie aus Sicht der Gesellschaft Obliegenheiten darstellen, verwandeln sie sich für den Vorstand im Verhältnis zur Gesellschaft in echte Pflichten.

Streitig ist, ob es dabei bleibt, den Vorstand also nur die Pflicht zur Erstattung des Berichts (nebst der dafür zu leistenden Vorarbeiten) trifft,<sup>14</sup> oder ob ihm weitergehende Verhaltenspflichten erwachsen.<sup>15</sup> Ausgangspunkt ist die Feststellung, dass sich die §§ 76, 93 AktG durch die neue Berichtspflicht nicht geändert haben, es also nur darum geht, ob aus diesen Generalklauseln jetzt CSR-bezogene Verhaltenspflichten resultieren, die vor Umsetzung der CSR-Richtlinie so nicht bestanden. Das ist nicht der Fall. Leitschnur allen Vorstandshandelns war und ist das Unternehmensinteresse (vgl. Präambel Abs. 2 DCGK). Schon vor Einfügung der §§ 289b ff HGB musste der Vorstand entscheiden, ob es dem Unternehmenswohl dient, die Gesellschaft für CSR-Belange zu öffnen. Dieselbe Entscheidung muss er jetzt treffen, mit dem Unterschied, dass über das Ergebnis öffentlich zu berichten ist. Dadurch wird ihm seine Pflicht, CSR-Belange bei der Abwägung einzubeziehen, stärker vor Augen geführt. Auch mag sich die Waagschale durch die Reputationseffekte

14 So FLEISCHER, AG 2017, 509, 522; SCHÖN, ZHR 189 (2016), 279, 285 ff; SPIEßHOFER, VGR Bd. 22 (2017), S. 61, 70; BRUNK, in: Krajewski/Saage-Maaß, Die Durchsetzung menschenrechtlicher Sorgfaltspflichten von Unternehmen, 2018, S. 165, 168 ff.

15 So namentlich HOMMELHOFF, NZG 2017, 1361, 1362; DERS., FS Kübler, S. 291, 298; DERS., FS Hoyningen-Huene, S. 137 ff.

der Berichterstattung zugunsten der stärkeren Einbeziehung von CSR-Belangen neigen.<sup>16</sup> Die Abwägung selbst ist dagegen nichts Neues. Ihr Ergebnis wird nicht durch § 289b HGB determiniert.

## *2. Auffächerung und Erfüllung der Pflicht*

### *a) Die geschuldeten Einzeltätigkeiten*

Die vom Vorstand im CSR-Bereich geschuldete Tätigkeit zerfällt in zwei Teile: Zum einen muss er entscheiden, ob CSR-Konzepte verfolgt werden, zum anderen muss er über das Ergebnis dieser Entscheidung berichten. Was dabei im Einzelnen zu tun ist, ergibt sich teils aus der Lektüre der §§ 289b ff HGB, teils aus der Natur der Sache.<sup>17</sup> Zunächst muss der Vorstand sich mit den Pflichten des CSR-Reportings vertraut machen und die Verantwortlichkeiten festlegen. Ferner ist festzustellen, was im Unternehmen in den von § 289c HGB genannten Bereichen bereits geleistet wird. Dazu sind die erforderlichen Informationen einzuholen. Auf dieser Grundlage ist zu entscheiden, ob zusätzliche Konzepte verfolgt werden sollen. Fällt diese Entscheidung positiv aus, ist die Entwicklung solcher Konzepte zu veranlassen. In jedem Fall ist am Ende der gebotene Bericht abzugeben.

Diese Einzeltätigkeiten kann man weiter ausfächern und nach betriebswirtschaftlicher Manier als Prozess darstellen. Stilisiert man dann jede Einzeltätigkeit zur Rechtspflicht, entsteht das einschüchternde Bild eines enormen Pflichtenbündels, welches die abgelehnte These zu bestätigen scheint, dass §§ 289b ff HGB eben doch neue Verhaltenspflichten kreiert. Tatsächlich sind die geschilderten Elemente keine Besonderheit des CSR-Reporting, sondern mit der Erfüllung jeder Berichtspflicht, ja im Grunde mit der Erbringung jeder Dienst- oder Werkleistung, verbunden. Auch mit der Pflicht zur Durchführung von Schönheitsreparaturen gehen Inventarisierungs-, Befassungs-, Entscheidungs-, Evaluierungspflichten etc. einher. An der Einheitlichkeit der Grundpflicht ändert das nichts. Am Ende bleibt es dabei, dass §§ 289b ff HGB dem Vorstand zwar mehr Arbeit, aber keine neue Pflichtenlage bescheren.

16 Vgl. BR-Drucks. 547/16, S. 24: „Durch die [...] Berichterstattung kann mittelbar [sic!] auch das Handeln der Unternehmen beeinflusst und ein Anreiz geschaffen werden, nichtfinanziellen Belangen [...] stärkeres Gewicht in der Unternehmensführung beizumessen“; ebenfalls HOMMELHOFF, BOARD 2018, 70, 71.

17 Zum Folgenden HOMMELHOFF, NZG 2017, 1361, 1362ff; FLEISCHER, AG 2017, 509, 521 ff; HECKER/BRÖCKER, AG 2017, 761, 765 f.

*b) Anwendung der Business Judgment Rule*

Wichtiger ist die Frage, ob der Vorstand bei der Erfüllung seiner CSR-Pflichten in den Genuss der sog. Business Judgment Rule (BJR) kommt. Hier ist zwischen den beiden eben erwähnten Grundelementen zu differenzieren: Bei der Erfüllung der Berichtspflicht hat der Vorstand zwingendes Recht umzusetzen. Ermessensfreiraum genießt er dabei allenfalls bei der Entscheidung, ob bestimmte Angaben zwecks Geheimnisschutzes im CSR-Bericht weggelassen werden, denn das Gesetz stellt hier, ähnlich wie in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG, auf eine „vernünftige kaufmännische Beurteilung“ ab (§ 289e Abs. 1 Nr. 1 HGB).<sup>18</sup> Im Übrigen kommt dem Vorstand, wie auch sonst, bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe ein Beurteilungsspielraum zu. Dabei darf er sich grundsätzlich auf das Urteil seiner Fachleute, jedenfalls aber auf den Rat unabhängiger Experten, verlassen.<sup>19</sup>

Geht es um die Frage, inwieweit die Gesellschaft sich über das Gebotene hinaus für CSR-Belange engagieren will, ist die Anwendung der BJR zu bejahen. Denn diese Entscheidung ist gesetzlich nicht determiniert, sondern beruht auf einer durch Prognosen bestimmten Abwägung. Darf der Vorstand vernünftigerweise annehmen, dem Unternehmensinteresse zu dienen, verletzt er seine Pflichten auch dann nicht, wenn eine andere Entscheidung sich im Nachhinein als vorzugswürdig herausstellt. Voraussetzung ist, dass der Vorstand frei von Interessenkollisionen entscheidet.<sup>20</sup> Daran kann es fehlen, wenn ein Vorstandsmitglied mit einer zu fördernden Organisation besonders verbunden ist. In diesem Fall ist Enthaltung, wenigstens aber Offenlegung des Konflikts geboten (vgl. Ziff. 4.3.3 DCGK). Praktisch wichtiger ist, dass der Vorstand auf der Grundlage angemessener Informationen entscheidet. Auch hierbei kommt es auf eine „vernünftige“ ex-ante-Sicht an.<sup>21</sup>

*c) Ermessensreduktion*

Das Ermessen des Vorstands reduziert sich, wenn er sich für die Verfolgung eines CSR-Konzepts entschieden und dies nach außen kommuniziert hat. Zwar entfaltet diese Form der Selbstverpflichtung keine externe Bindung.<sup>22</sup> Sie erzeugt jedoch interne und externe Erwartungshaltungen, die nicht ohne Schaden für die Gesellschaft enttäuscht werden können. Ein CSR-Konzept

18 Für Anwendung der BJR daher MOCK, ZIP 2017, 1195, 1200.

19 Siehe unten bei Fn. 31; allgemein zum Rechtsirrtum KOCH, in: Hüffer/Koch, Komm. z. AktG, 12. Aufl., 2016, § 93 Rdn. 19, 44 ff m. w. N.

20 Statt aller KOCH, aaO (Fn. 19), § 93 AktG Rdn. 25.

21 BACHMANN, ZHR 177 (2013), 1, 2 ff; DERS., WM 2015, 105, 111.

22 Siehe oben unter II. 2. c).

muss daher immer auch taugliche Compliance-Elemente enthalten. Fehlt dies, kann der Vorstand sich nicht damit entlasten, negative Abweichungen vom CSR-Konzept nicht gekannt zu haben.<sup>23</sup> Im Übrigen wird das Ermessen – wie auch sonst – durch zu erwartende Reputationseffekte begrenzt.<sup>24</sup>

#### *d) Keine Ausfüllung des Sorgfaltsmaßstabs durch soft law*

Verschiedentlich wird die Überlegung laut, dass weiches bzw. privates Recht die verkehrsübliche Sorgfalt determiniert.<sup>25</sup> Dies ist indes nur dann der Fall, wenn der betreffende Standard Verkehrsgeltung erlangt hat. Andernfalls fehlt ihm die erforderliche Legitimation.<sup>26</sup>

### *3. Delegation und Gesamtverantwortung*

In der Literatur beginnt sich die Formel zu etablieren, CSR sei „Chefsache“.<sup>27</sup> Damit wird CSR auf eine Ebene mit Compliance gehoben, für die es spätestens seit dem *Siemens/Neubürger*-Urteil als ausgemacht gilt, dass die Verantwortung beim Vorstand selbst liegt.<sup>28</sup> Während es aber bei Compliance um die Einhaltung zwingenden Rechts, mithin um die Erfüllung der Legalitätspflicht, geht, ist bei CSR eine differenziertere Betrachtung geboten:

Die *Berichtspflicht* nach § 289b HGB ist Teil der Rechnungslegung. Insofern gilt § 91 Abs. 1 AktG, der paradigmatisch die Delegationsoffenheit der Leitungsverantwortung veranschaulicht.<sup>29</sup> Der Vorstand muss die Berichtspflicht nicht in personam erfüllen, sondern lediglich dafür sorgen, dass sie erfüllt wird. Dies steht in Einklang mit der Bilanzrichtlinie.<sup>30</sup> Komplexe bilanzrechtliche Interpretationsfragen, wie sie sich bei der Auslegung der §§ 289b ff HGB stellen, muss der Vorstand nicht selbst beantworten, sondern darf sich dabei grundsätzlich auf das Urteil seiner Fachleute verlassen.<sup>31</sup>

23 Vgl. auch MOCK, ZIP 2017, 1195, 1200.

24 Eingehend KLÖHN/SCHMOLKE, NZG 2015, 689, 691.

25 Vgl. im CSR-Kontext SPIESSHOFER, aaO (Fn. 2), S. 295 f.

26 Vertiefend BACHMANN, Private Ordnung, 2006, S. 330 ff.

27 FLEISCHER, AR 2017, 65; DERS., AG 2017, 509, 522; HOMMELHOFF, NZG 2017, 1361, 1362 mit Fn. 21; HECKER/BRÖCKER, AG 2017, 761, 765; ebenso SPEICH und KUSTERER, ACI-Sonderheft 2017, 41 bzw. 43.

28 Vgl. LG München I ZIP 2014, 570; KOCH, aaO (Fn. 19), § 76 AktG Rdn. 12; FLEISCHER, in: Spindler/Stilz, Komm. z. AktG, 3. Aufl., 2015, § 91 Rdn. 47.

29 FLEISCHER, aaO (Fn. 28), § 91 AktG Rdn. 11.

30 Vgl. Art. 33 Abs. 1 RL 2013/34/EU: „sicherzustellen“.

31 So überzeugend der Sonderprüfungsbericht im IKB-Fall: „Es besteht [...] keine Verpflichtung des Vorstands, sich in [...] detaillierter Form in die anstehenden Fachfragen



Soweit mit CSR *Nachhaltigkeitsanstrengungen* gemeint sind, also die (freiwillige) Verfolgung der in § 289c Abs. 3 Nr. 1 HGB erwähnten „Konzepte“, geschieht dies nicht im staatlichen, sondern im Unternehmensinteresse. CSR liegt damit jenseits von Compliance, weshalb das im *Neubürger*-Urteil ausgesprochene Delegationsverbot zumindest nicht in gleicher Schärfe gelten kann. Wenigstens ist, wie bei Compliance, eine Abstufung nach Unternehmensgröße und Risikoklasse geboten. Allerdings sollte der CSR-Bericht darüber Auskunft geben, inwieweit der Vorstand selbst in CSR-Entscheidungen eingebunden ist, denn diese Frage ist nach der Vorstellung des Gesetzgebers Teil des von den Gesellschaften offenzulegenden Konzepts.<sup>32</sup>

Im Übrigen gilt, wie auch sonst, dass der Vorstand die grundlegenden Entscheidungen selbst zu treffen hat, während Ausführungs- und Vorbereitungsarbeiten delegiert werden können.<sup>33</sup> In der Praxis großer Gesellschaften hat es sich etabliert, einen Nachhaltigkeitsrat unter Leitung eines Vorstandsmitglieds einzurichten, dem Nachhaltigkeitsfachleute zuarbeiten.<sup>34</sup> Zu den „grundlegenden“, vom Vorstand selbst zu treffenden Entscheidungen wird man (nur) die Entscheidungen rechnen, ob, in welchen Bereichen und in welchem Ausmaß CSR-Konzepte i.S.v. § 289c Abs. 3 Nr. 1 HGB verfolgt werden sollen.<sup>35</sup> Hierzu sollte der Tagesordnungspunkt „CSR“ in regelmäßigen Abständen auf der Vorstandsagenda erscheinen. So kann der Vorstand dokumentieren, sich in angemessener Weise dem Thema Nachhaltigkeit gewidmet zu haben.

Auch für die horizontale Delegation gelten die allgemeinen Grundsätze. Ob im Vorstand ein eigenes CSR-Ressort eingerichtet wird, wie es in der Praxis z.T. geschieht, ist ebenso dem Ermessen des Vorstands bzw. Aufsichtsrats überlassen wie die Frage, wo dieses Ressort angesiedelt wird.<sup>36</sup> Entscheidend ist erneut der konkrete Unternehmenszuschnitt. Davon unberührt bleibt die Ergebnisverantwortung des Gesamtvorstands.<sup>37</sup> Wird ein CSR-Ressort eingerichtet, ist das in der Erklärung zur Unternehmensführung gem. § 289f Abs. 2 Nr. 3 HGB offenzulegen.

einzubringen; vielmehr handelt der Vorstand pflichtgemäß, wenn er diese komplexen bilanzrechtlichen Fragen in die Hände der qualifizierten Fachabteilungen gibt“ (Teil I, Abschnitt B, Blatt 10), abrufbar unter: [https://www.ikb.de/fileadmin/documents/Teilband\\_I.pdf](https://www.ikb.de/fileadmin/documents/Teilband_I.pdf) (zuletzt 7.3.2018).

32 Vgl. BR-Drucks. 547/16, S. 53 (zweiter Absatz).

33 Speziell zur CSR: FLEISCHER, AG 2017, 509, 522; HECKER/BRÖCKER, AG 2017, 761, 765.

34 Vgl. etwa die Nachhaltigkeitsberichte 2016 der Daimler AG, E.ON SE oder Henkel AG & Co. KGaA.

35 Vgl. HOMMELHOFF, NZG 2017, 1361, 1362 f.

36 Bei der E.ON SE wird das Amt des „Chief Sustainability Officer (CSO)“ seit 2016 vom Vorstandsvorsitzenden bekleidet.

37 Vgl. Art. 33 RL 2013/34/EU: „gemeinsame Aufgabe“ der Mitglieder von Verwaltungs-, Leitungs- und Aufsichtsorgan.

#### IV. CSR-bezogene Pflichten des Aufsichtsrats

##### 1. Prüfungs- und Rechenschaftspflicht

Gemäß § 171 Abs. 1 Satz 1 und 4 AktG hat der Aufsichtsrat die nichtfinanzielle Erklärung zu prüfen.<sup>38</sup> Über das Ergebnis muss er der Hauptversammlung berichten (§ 171 Abs. 2 AktG). Der Bericht liefert Aktionären einen Anknüpfungspunkt für Nachfragen (§ 131 AktG). Den erforderlichen Zusammenhang zur Tagesordnung stellt die Entlastung her. Antwortpflichtig ist der Vorstand, doch darf der Aufsichtsrat auch direkt Stellung beziehen.<sup>39</sup> Beide Organe müssen sich daher im Vorfeld entsprechend präparieren und die Grenzen des CSR-bezogenen Auskunftsrechts abstecken.

##### 2. Überwachungs- und Beratungspflicht

###### a) Begleitende Überwachung und Beratung

Ungeachtet des Umstands, dass die Bilanzrichtlinie die Erstellung des Reports zur „gemeinsamen Aufgabe“ von Leitungs- und Aufsichtsorgan erklärt,<sup>40</sup> liegt die eigentliche Verantwortung beim Vorstand. Die Aufgabe des Aufsichtsrats besteht darin, den Vorstand bei der Erfüllung seiner Berichtspflicht zu überwachen (§ 111 Abs. 1 AktG<sup>41</sup>) und ihm beratend zur Seite zu stehen.<sup>42</sup> Weil die Wahl des Berichtsformats Auswirkungen auf die Prüfung hat, sollte der Aufsichtsrat in diese Entscheidung einbezogen sein.<sup>43</sup> Auch die Frage, inwieweit CSR-Konzepte verfolgt werden, sollte nicht ohne ihn entschieden werden.

Wie weit die Überwachungspflicht im Einzelnen reicht, lässt sich nicht pauschal sagen, sondern ist abhängig vom konkreten Unternehmenszuschnitt. Ob der Aufsichtsrat die CSR-Fragen beim Prüfungsausschuss belässt oder zusätzlich einen CSR-Ausschuss einrichtet, ist in sein Ermessen gestellt. Entscheidend dafür ist, ob er sich auf die Prüfung des Berichts beschränken oder aktiv in die CSR-Politik eingreifen will. Entsprechendes gilt für die Frage, inwieweit

38 Näher dazu HENNRICHS, ZGR 2018, 206 ff (in diesem Heft).

39 Zum Auskunftsrecht des Aufsichtsrats BACHMANN, VGR Bd. 22 (2017), S. 135, 155 ff m. w. N.

40 Siehe oben Fn. 37.

41 Dem Vorschlag, dies explizit in § 111 AktG zu verankern, ist der Gesetzgeber nicht gefolgt, siehe BT-Drucks. 18/11450, S. 47.

42 Speziell im CSR-Kontext HOMMELHOFF, NZG 2017, 1361, 1365; HECKER/BRÖCKER, AG 2017, 761, 766; KUMM/WOODTIL, Der Konzern 2016, 218, 229.

43 PELLENS, ACI-Sonderheft 2017, 28, 29.

er die CSR-Kompetenz in den eigenen Reihen verstärkt.<sup>44</sup> Wird ein CSR-Ausschuss eingerichtet, muss darüber nach § 171 Abs. 2 Satz 2 Halbsatz 2 AktG und nach § 289f Abs. 2 Nr. 3 HGB berichtet werden.

### *b) Zustimmungsvorbehalt?*

Im Schrifttum wird postuliert, dass der Aufsichtsrat die Vorstandsentscheidung, ob ein CSR-Konzept verfolgt wird, einem *Zustimmungsvorbehalt* gem. § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG unterwerfen muss.<sup>45</sup> Wiederum verbietet sich eine pauschale Festlegung. Verpflichtend ist ein Zustimmungsvorbehalt nur bei Maßnahmen von grundlegender Bedeutung, insbesondere solchen, die die Vermögens-, Finanz- oder Ertragslage des Unternehmens grundlegend verändern (vgl. Ziff. 3.3 DCGK). Wie diese Vorgabe zu konkretisieren ist, wird im Schrifttum nicht einheitlich beantwortet, doch besteht Einigkeit, dass der Aufsichtsrat dabei einen Ermessensspielraum genießt, der nicht nur durch ein Untermaß-, sondern auch durch ein Übermaßverbot begrenzt wird.<sup>46</sup> Denn die strategische Planung, zu der man auch die Positionierung in CSR-Fragen rechnen mag, ist eine genuine Leitungsaufgabe, die der Aufsichtsrat nicht über den Zustimmungsvorbehalt usurpieren darf.

Dem Aufsichtsrat ist über die Planung und damit u. U. auch über grundlegende CSR-Konzepte zu berichten (§ 90 Abs. 1 Nr. 1 AktG). Doch nicht alles, was berichtspflichtig oder zustimmungsvorbehaltsfähig ist, ist auch zustimmungsvorbehaltspflichtig.<sup>47</sup> Aus dem Umstand allein, dass das Abstandnehmen von CSR-Konzepten sich negativ auf die Unternehmensreputation auswirkt, kann nicht die Zustimmungsvorbehaltspflicht abgeleitet werden.<sup>48</sup> Wiederum kommt es auf die konkrete Exposition des jeweiligen Unternehmens an. Geht man mit einer verbreiteten Sicht davon aus, dass ein Unterlassen des Vorstands generell nicht dem Veto des Aufsichtsrats unterworfen werden darf,<sup>49</sup> gilt dies alles umso mehr.

44 Für einen „Sustainability Expert“ im Aufsichtsrat SPEICH, ACI-Sonderheft 2017, 41, 42.

45 So HOMMELHOFF, NZG 2017, 1361, 1365. Die Konzepte selbst (also das „wie“) sollen dagegen nicht zwingend zustimmungsbedürftig sein.

46 FLEISCHER, BB 2013, 835, 839f; SEEBACH, AG 2012, 70, 71; KOCH, aaO (Fn. 19), § 111 AktG Rdn. 42 („qualitative Mindestgrenze“); SPINDLER, aaO (Fn. 28), § 111 AktG Rdn. 65. Zur teilweisen Paradoxität von § 111 Abs. 4 AktG siehe THIESSEN, AG 2013, 573, 578.

47 KOCH, aaO (Fn. 19), § 111 AktG Rdn. 42, 45.

48 A. A. HOMMELHOFF, NZG 2017, 1361, 1365.

49 Vgl. nur KOCH, aaO (Fn. 19), § 111 AktG Rdn. 37; SPINDLER, aaO (Fn. 28), § 111 AktG Rdn. 67; HOPT/ROTH, Großkomm. z. AktG, 4. Aufl., 2012, § 111 Rdn. 647.

*c) Plenarvorbehalt?*

Ähnlich ist die Frage zu beantworten, ob Entscheidungen des Aufsichtsrats im CSR-Bereich einem *Plenarvorbehalt* unterliegen. Soweit es um die Prüfung geht, ist das zu bejahen (vgl. § 107 Abs. 3 Satz 4 i.V.m. § 171 AktG). Im Übrigen kommt nur ein ungeschriebener Vorbehalt in Betracht. Ein solcher wird für Grundentscheidungen zur Verfolgung von CSR-Konzepten mit der Begründung bejaht, dass diese „erhebliches Gewicht für das externe und interne Erscheinungsbild der Gesellschaft“ hätten.<sup>50</sup> Zu respektieren ist aber auch die Aufsichtsratsautonomie, wonach es dem Aufsichtsrat grundsätzlich freisteht, wie er die Erfüllung seiner Aufgaben organisiert.<sup>51</sup> Für die Begrenzung seines Ermessens kommt es wieder auf die Risikoexposition an. Nicht alles, über das dem Aufsichtsrat nach § 90 AktG zu berichten ist, ist zwingend seinem Plenum vorbehalten. Das gilt selbst dann, wenn man für CSR-Entscheidungen einen Zustimmungsvorbehalt annimmt, denn die Ausübung des Vorbehalts kann einem Ausschuss überlassen bleiben.<sup>52</sup>

*d) Keine Klagepflicht*

Aus den Grundsätzen des ARAG/Garmenbeck-Urteils wird abgeleitet, dass der Aufsichtsrat den Vorstand nicht nur zur korrekten CSR-Berichterstattung anhalten, sondern notfalls durch Klage dazu zwingen muss.<sup>53</sup> Richtig ist, dass der Aufsichtsrat Fehler in der CSR-Berichterstattung zu beanstanden hat. Eine Pflicht, Fehlverhalten des Vorstands gerichtlich feststellen zu lassen, besteht dagegen nicht. Im ARAG-Urteil wird lediglich postuliert, dass der Aufsichtsrat Schadensersatzansprüche gegen den Vorstand durchsetzen muss, weil das Unternehmenswohl „die Wiederherstellung des geschädigten Gesellschaftsvermögens verlangt“.<sup>54</sup> Diese Überlegung lässt sich auf die fehlerhafte Berichterstattung nicht übertragen, solange daraus keine Regressansprüche gegen den Vorstand erwachsen.<sup>55</sup> Insoweit bleibt es dabei, dass der Aufsichtsrat gegen Pflichtverstöße des Vorstands zwar einschreiten muss, bei der Wahl der Mittel aber Ermessen genießt.<sup>56</sup>

50 HOMMELHOFF, NZG 2017, 1361, 1365.

51 Vgl. dazu BACHMANN, FS Hopt, 2010, S. 337, 346 ff.

52 BGH AG 1991, 398; OLG Hamburg AG 1996, 84 f; OLG München AG 1995, 466, 467; KOCH, aaO (Fn. 19), § 107 AktG Rdn. 27.

53 ROTH-MINGRAM, aaO (Fn. 12), S. 276; DIES., NZG 2015, 1341, 1344 (im Anschluss an WELLER/BENZ, AG 2015, 467, 472).

54 BGHZ 135, 244, 255 = ZIP 1997, 883.

55 Dazu unten, V. 4.

56 Vgl. SPINDLER, aaO (Fn. 28), § 111 AktG Rdn. 29.

### 3. Personal- und Vergütungsentscheidungen

Über die *Auswahl der Vorstandsmitglieder* (§ 84 AktG) kann der Aufsichtsrat Einfluss auf die Unternehmenspolitik nehmen. Er ist damit befugt, Persönlichkeiten auszuwählen, die der Verfolgung von CSR-Konzepten mehr oder weniger aufgeschlossen gegenüberstehen. Entscheidet er sich für eine Person, die keine (weiteren) CSR-Konzepte verfolgen will, muss er das nach außen nicht begründen, da die bloße Abstandnahme von *konkreten* CSR-Konzepten nicht erläuterungspflichtig ist.<sup>57</sup>

Die *Vergütung* von Vorständen börsennotierter Gesellschaften ist gem. § 87 Abs. 1 Satz 2 AktG an einer nachhaltigen Unternehmensentwicklung auszurichten. Mit „nachhaltig“ in diesem Sinne sind allerdings nicht die Nachhaltigkeitskriterien im Sinne von CSR gemeint.<sup>58</sup> Aus den neuen CSR-Berichtspflichten des HGB wird z. T. abgeleitet, dass für die leistungsbezogene Vergütung von Vorstandsmitgliedern deren Leistungen im nichtfinanziellen Sinne des § 289c HGB mit einzubeziehen seien.<sup>59</sup> Die „Brücke“ dafür soll § 289c Abs. 3 Nr. 5 HGB bilden, wonach über die „bedeutsamsten nichtfinanziellen Leistungsindikatoren“ zu berichten ist. Aus der bilanziellen Berichtspflicht lässt sich aber nicht auf eine inhaltliche Umgestaltung der korporativen Vergütungsvorgaben rückschließen. Ob das Erreichen ethischer oder ökologischer Zielsetzungen Einfluss auf die Vorstandsvergütung haben soll, bleibt daher weiterhin der Entscheidungsfreiheit des Aufsichtsrats anheim gegeben.

### 4. Geltung der Business Judgment Rule

Soweit der Aufsichtsrat unternehmerische Entscheidungen trifft, gelangt er in den Genuss der BJR (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG i. V. m. § 116 Satz 1 AktG).<sup>60</sup> Das gilt auch im CSR-Bereich, namentlich bei der Ausübung von Zustimmungsvorbehalten und Personalentscheidungen. Voraussetzung ist, wie beim Vorstand, die Freiheit von Interessenkonflikten. Sie könnte bei Arbeitnehmervertretern fehlen, wenn diese für die Verfolgung von Arbeitnehmerbelangen i. S. v. § 289c Abs. 2 Nr. 2 HGB votieren. Doch ist dieser Konflikt durch die Mitbestimmung vorprogrammiert und insofern hinzunehmen.

57 Zutreffend HOMMELHOFF, NZG 2017, 1361, 1364.

58 Ganz h.M., siehe nur BACHMANN, in: Kremer/Bachmann/Lutter/v. Werder, DCGK, 7. Aufl., 2018, Rdn. 991; vertiefend HARBARTH, ZGR 2018, 379 ff (in diesem Heft).

59 HOMMELHOFF, NZG 2017, 1361, 1365.

60 Unstrittig, siehe nur KOCH, aaO (Fn. 19), § 116 AktG Rdn. 5; SPINDLER, aaO (Fn. 28), § 116 AktG Rdn. 43; näher CAHN, WM 2013, 1293 ff.

## V. Sanktionen bei unrichtiger Erklärung

Gemäß Art. 51 der Bilanzrichtlinie müssen die Mitgliedstaaten wirksame und abschreckende Sanktionen für Verstöße gegen die bilanziellen Berichtspflichten festlegen und sicherstellen, dass diese Sanktionen durchgesetzt werden. Der deutsche Gesetzgeber verlässt sich insofern auf die Straf- und Bußgeldtatbestände des HGB und hat mit dem CSR-RUG lediglich klargestellt, dass diese Tatbestände auch ein unterbliebenes oder fehlerhaftes CSR-Reporting umfassen.<sup>61</sup> Zur Beurteilung der Effektivität ist das gesamte Sanktionsspektrum in den Blick zu nehmen.

### 1. Sanktionsmechanismus

Der CSR-Regulierungsmechanismus verknüpft „weiches“ und „hartes“ Recht miteinander.<sup>62</sup> Die „weiche“ Regel, sich über das gesetzlich Gebotene hinaus für CSR-Belange zu engagieren, wird selbst nicht mit „harten“, sondern nur mit sozialen Sanktionen (Reputationseinbußen etc.) belegt. Wäre es anders, läge keine weiche, sondern eine harte Norm vor. Die Verknüpfung ist komplizierter: Indem das harte Recht eine Berichtspflicht etabliert (und *diese* „hart“ sanktioniert), fördert es den sozialen Sanktionsmechanismus und damit die Befolgung der weichen Norm.

Damit soziale Sanktionen greifen können, ist zweierlei vonnöten: Zum einen muss *publik* werden, ob und wie sich das Unternehmen für CSR engagiert. Diese Wirkung wird durch die vorgeschriebene Publizität des CSR-Berichts und dessen Rezeption durch Informationsintermediäre erzielt. Zum anderen muss sich das Publikum darauf verlassen können, dass die CSR-Erklärung *richtig* ist. Die Sanktionierung der unrichtigen Erklärung erfolgt im deutschen Recht durch Bußen/Strafen bzw. zivilrechtliche Haftung. Daneben spielt die Aufhebung der Entlastung eine Rolle. Bei ihr werden „weiche“ und „harte“ Sanktionen verzahnt, weil die Entlastung nur Symbolwirkung hat (§ 120 Abs. 2 Satz 2 AktG), ihre Aufhebung aber mit rechtlichen Mitteln erzwungen werden kann (unten 5.).

### 2. Beanstandung im Rahmen der Abschlussprüfung bzw. Bilanzkontrolle

Fehlen der CSR-Bericht oder wesentliche Berichtsteile, wird dies vom Abschlussprüfer moniert und der Bestätigungsvermerk ggfs. eingeschränkt. Weil der *Inhalt* des CSR-Berichts im Rahmen der Abschlussprüfung *nicht* prü-

61 Vgl. BR-Drucks. 547/16, S. 64f (zu Nummer 16 und 17).

62 Vgl. SPIESSHOFER, VGR Bd. 22 (2017), S. 61, 71.

fungspflichtig ist (vgl. § 317 Abs. 2 Satz 4 HGB), führen inhaltliche Mängel nicht zu einer Einschränkung des Bestätigungsvermerks.<sup>63</sup> Erkennt der Abschlussprüfer inhaltliche Fehler, so hat er den Vorstand darauf hinzuweisen. Korrigiert dieser die Unrichtigkeiten nicht, kann der Abschlussprüfer von seinem Hinweisrecht nach § 322 Abs. 3 Satz 2 HGB Gebrauch machen.<sup>64</sup> Hiervon unberührt bleibt die Pflicht, Unrichtigkeiten oder bestimmte Rechtsverstöße in seinen Prüfungsbericht aufzunehmen (vgl. § 321 Abs. 1 Satz 3 HGB und DCGK Ziff. 7.2.3).

Ähnlich begrenzt ist das Bilanzkontroll-Verfahren. Nach § 342b Abs. 2 HGB prüft die Deutsche Prüfstelle für Rechnungslegung (DPR), ob der Lagebericht „den gesetzlichen Vorschriften entspricht“. Dazu gehört die Prüfung der Vollständigkeit. Ist der Lagebericht unvollständig, kann das zur öffentlichen Beanstandung führen (vgl. § 109 Abs. 2 Satz 1 WpHG).<sup>65</sup> Da im Enforcement-Verfahren der Prüfungsmaßstab der Abschlussprüfung anzuwenden ist, findet aber auch dort keine inhaltliche Prüfung statt.<sup>66</sup> Inhaltliche Fehler rechtfertigen daher keine öffentliche Beanstandung durch Prüfstelle oder BaFin. Dies entspricht der Rechtslage bei der Erklärung zur Unternehmensführung (§ 289f HGB).<sup>67</sup> Ebenso wie der Prüfer kann die DPR aber im informellen Gespräch mit Vorstand bzw. Aufsichtsrat auf Fehler hinweisen und eine Abstellung anregen.

### 3. Strafen und Bußgelder

Ein fehlender oder fehlerhafter CSR-Bericht wird nicht mit Ordnungsgeld (§ 335 HGB) geahndet, da auf diesem Wege nur die Veröffentlichung des Lageberichts, nicht aber seine Vollständigkeit, erzwungen wird.<sup>68</sup> Wohl aber kommen die Verhängung von Bußgeld oder Kriminalstrafe in Betracht.

63 ROTH-MINGRAM, aaO (Fn. 12), S. 275 f; RUHNKE/M. SCHMIDT, DB 2017, 2557, 2559; MOCK, ZIP 2017, 1195, 1202; ferner SEIDLER, BB 2016, 939, 941 f in Bezug auf Angaben zur Frauenquote.

64 RUHNKE/M. SCHMIDT, DB 2017, 2557, 2559 f, 2562, die eine Hinweispflicht annehmen; enger, nur für den Fall der Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht GUNDEL/PFÖHLER, ACI-Sonderheft 2017, 50, 51.

65 Vgl. OLG Frankfurt ZIP 2009, 2440: fehlender Prognosebericht im Lagebericht.

66 M. SCHMIDT, BB 2018, 107, 111; MOCK, ZIP 2017, 1195, 1201; SEIBT, DB 2016, 2707, 2715; KUMM/WOODTLI, Der Konzern 2016, 218, 231 f. Hierauf hinweisend auch der Rechtsausschuss (BT-Drucks. 18/11450, S. 46).

67 BACHMANN, ZIP 2010, 1517, 1523.

68 SEIBT, DB 2016, 2707, 2714 f; KUMM/WOODTLI, Der Konzern 2016, 218, 231; anders wohl MOCK, ZIP 2017, 1195, 1201.

*a) Gegen Organmitglieder*

Organmitglieder, welche die Verhältnisse der Kapitalgesellschaft im Lagebericht „unrichtig wiedergeben oder verschleiern“, machen sich nach § 331 Nr. 1 HGB ebenso strafbar wie solche, die zu Unrecht dessen Richtigkeit versichern (§ 331 Nr. 3 a HGB).<sup>69</sup> Von der Strafdrohung ist die fehlerhafte nichtfinanzielle Erklärung erfasst, und zwar ungeachtet der Frage, ob sie im Lagebericht oder als gesonderter Bericht veröffentlicht wird.<sup>70</sup> Eingeschränkt wird das Strafbarkeitsrisiko zum einen durch das Vorsatzerfordernis (§ 15 StGB), zum anderen durch das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Erheblichkeit.<sup>71</sup> Weil bei der Auslegung der §§ 289 b ff HGB Spielräume bestehen und die vorhandenen Rechtsunsicherheiten nicht zulasten der Organmitglieder gehen dürfen, ist das Strafbarkeitsrisiko insgesamt gering.

Ordnungswidrig verhalten sich Organmitglieder gemäß § 334 Abs. 1 Nr. 3 und 4 HGB, wenn sie beim CSR-Reporting den §§ 289 – 289f HGB „zuwiderhandeln“. § 334 HGB ist gegenüber § 331 HGB subsidiär (vgl. § 21 OWiG) und erfasst die weniger erheblichen Verstöße. Der Tatbestand des Zuwiderhandelns ist dem Wortlaut nach weit, wird aber restriktiv interpretiert, indem nur „eindeutig nicht mehr vertretbare“ Abweichungen als tatbestandsmäßig gewertet werden.<sup>72</sup> In der Sache entspricht das dem Maßstab der BJR. Insofern ist auch das Bußgeldrisiko deutlich reduziert.

Bemerkenswert ist der durch das CSR-RUG radikal ausgeweitete Bußgeldrahmen, der bei Organen kapitalmarktorientierter Gesellschaften von bislang 50.000 Euro auf bis zu 2 Millionen Euro bzw. dem Zweifachen des aus der Ordnungswidrigkeit gezogenen wirtschaftlichen Vorteils, welcher geschätzt werden kann, erhöht wurde. Ob diese dem (europäischen) Kartell- und Kapitalmarktrecht entlehnte Kalibrierung für Publizitätspflichtverstöße sachgerecht ist, wird bezweifelt.<sup>73</sup> Bedenkt man, dass auch Publizitätsverstöße ungerechtfertigte Vermögensvorteile bewirken können, etwa indem durch fälschliches CSR-Reporting ein gutes Image erzeugt wird, ist der Sanktionsansatz nicht von vornherein verkehrt. Allerdings muss bei der Ausschöpfung

69 Die Abgrenzung von unrichtiger Wiedergabe und „Verschleiern“ ist streitig, praktisch aber ohne Relevanz, siehe STAUB/DANNECKER, Großkomm. z. HGB, 5. Aufl., 2012, § 331 Rdn. 73 f.

70 Für die gesonderte Erklärung zur Unternehmensführung (§ 289f HGB) ist das zweifelhaft, da das Gesetz diesen Fall nicht erfasst, vgl. BACHMANN, ZIP 2010, 1517, 1521 (Strafbarkeit bejahend).

71 Vgl. STAUB/DANNECKER, aaO (Fn. 69), § 331 HGB Rdn. 63; GROTTTEL/H. HOFFMANN, in: Beck'scher Bilanzkomm., 11. Aufl., 2018, § 331 Rdn. 20 f, 23.

72 STAUB/DANNECKER, aaO (Fn. 69), § 334 HGB Rdn. 41; QUEDENFELD, Münchener Komm. z. HGB, 3. Aufl., 2013, § 334 Rdn. 22.

73 Vgl. SEIBT, DB 2016, 2707, 2715.



des Bußgeldrahmens zurückhaltend verfahren und insbesondere die Schwere des Verstoßes berücksichtigt werden.<sup>74</sup>

#### *b) Gegen die Gesellschaft (§ 30 OWiG)*

Nach § 30 OWiG kann das Bußgeld auch (oder nur) gegen die Gesellschaft verhängt werden. Auch insofern wurde der Bußgeldrahmen deutlich verschärft, er reicht für kapitalmarktorientierte Kapitalgesellschaften jetzt bis zu zehn Millionen Euro oder 5 Prozent des Jahresumsatzes oder dem Zweifachen des aus der Ordnungswidrigkeit erzielten wirtschaftlichen Vorteils. Das absolut angedrohte Höchstmaß (10 Millionen Euro) entspricht dem allgemeinen in § 30 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 OWiG und ist insofern keine Besonderheit. Ob ein gegen die Korporation verhängtes Bußgeld im Wege des Regresses auf Organmitglieder überwältigt werden kann, beantwortet das Gesetz nicht. Die Frage ist streitig, die erhoffte Klärung durch das BAG blieb aus.<sup>75</sup>

### *4. Zivilrechtliche Haftung*

#### *a) Haftung der Gesellschaft*

Eine Haftung gegenüber enttäuschten *Kunden* wird regelmäßig daran scheitern, dass eine fehlerhafte CSR-Berichterstattung die Brauchbarkeit des Produkts bzw. der Dienstleistung nicht schmälert.<sup>76</sup> Zudem dürfte es Konsumenten schwerfallen, den Kausalitätsnachweis zu erbringen, denn es entspricht nicht der Lebenserfahrung, dass sie ihre Entscheidung von der Lektüre des CSR-Reports abhängig machen. Beachtlicher ist das Risiko, dass bestimmte Vertragspartner (Zulieferer, Abnehmer, Kreditgeber), insbesondere wenn diese sich ihrerseits zur Einhaltung von CSR-Standards verpflichtet haben, die Vertragsbeziehung beenden.<sup>77</sup> Auch Ansprüche von Wettbewerbern aufgrund unlauterer CSR-Werbung sind in Betracht zu ziehen.<sup>78</sup>

74 Dazu mahnend auch BT-Drucks. 18/11450, S. 47.

75 Vgl. BAG NJW 2018, 184 (Schienenkartell) mit Anm. BUNTE, NJW 2018, 123 ff; den Regress ablehnend zuvor LAG Düsseldorf BB 2015, 907 ff mit Anm. BACHMANN, BB 2015, 911. Für einen gesetzlichen Regressausschluss jetzt der „Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes“ (dort § 10).

76 SEIBT, DB 2016, 2707, 2715; ROTH-MINGRAM, NZG 2015, 1341, 1345; näher DIES., aaO (Fn. 12), S. 131 ff, 279; siehe auch SCHRADER, ZUR 2013, 451, 452 sowie zum „Dieselgate“ OECHSLER, NJW 2017, 2865 ff; WITT, NJW 2017, 3681 ff.

77 Hierauf hinweisend auch MOCK, ZIP 2017, 1195, 1203.

78 Siehe oben Fn. 12. Eine Unterlassungsklagebefugnis von Verbraucherverbänden wird mit dem Hinweis abgelehnt, dass dem CSR-Bericht der spezifische Verbraucherbezug

Ansprüche von *Anlegern* auf Grundlage von § 823 Abs. 1 BGB scheiden aus, da ein fehlerhafter CSR-Report keinen Eingriff in die Mitgliedschaft darstellt. Auch ein Anspruch aus § 21 WpPG kommt kaum in Betracht, da CSR-Angaben nicht zu den „wesentlichen“ Angaben gehören dürften.<sup>79</sup> Die Prospekthaftung setzt zudem wenigstens grobe Fahrlässigkeit voraus (§ 23 Abs. 1 WpPG) und ist ausgeschlossen, wenn der fehlerhaft dargestellte Sachverhalt nicht zu einer Minderung des Börsenpreises beigetragen hat (§ 23 Abs. 2 Nr. 2 WpPG).

Wurden die Aktien auf dem Sekundärmarkt erworben, kommen Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB und § 826 BGB (jeweils i. V. m. § 31 BGB) in Betracht.<sup>80</sup> Die Rechnungslegungsvorschriften stellen zwar ebenso wie die globalen CSR-Standards keine Schutzgesetze dar,<sup>81</sup> doch trifft dies für §§ 331, 334 HGB zu.<sup>82</sup> Beide Anspruchsgrundlagen setzen damit Vorsatz voraus und dürften sich auch im Übrigen decken, da ein Sittenverstoß im Sinne einer Missachtung lauterer Marktverhaltens insbesondere bei bewusster Irreführung des Publikums anzunehmen ist.<sup>83</sup> Eine vertragsähnliche Vertrauenshaftung scheidet dagegen mangels Inanspruchnahme besonderen Vertrauens i. d. R. aus,<sup>84</sup> und eine an die allgemeine Prospekthaftung angelehnte Haftung kommt aus systematischen Gründen, wenn überhaupt, nur bei grober Fahrlässigkeit in Betracht.<sup>85</sup>

fehle, siehe ROTH-MINGRAM, NZG 2015, 1341, 1345; DIES., aaO (Fn. 12), S. 282 ff; KUMM/WOODTLI, Der Konzern 2016, 218, 232; SEIBT, DB 2016, 2707, 2715; BRUNK, aaO (Fn. 14), S. 165, 200.

79 Vgl. auch ROTH-MINGRAM, aaO (Fn. 12), S. 131: nur wenn der Prospekt sich konkret auf bestimmte CSR-Maßnahmen oder CSR-Verhaltenskodizes beruft. Nach Art. 19 I lit. f können Lageberichte (und damit auch der CSR-Bericht) mittels Verweis in den Prospekt aufgenommen werden. Anders BRUNK, aaO (Fn. 14), S. 165, 192, der die Angaben nach § 289c Abs. 3 Nr. 3 und 4 HGB als „wesentlich“ i. S. d. § 21 WpPG betrachtet.

80 Vgl. BGHZ 160, 134 (Infomatec) = NZG 2004, 816; BGHZ 192, 90 (IKB) = NZG 2012, 263.

81 Für §§ 289b ff HGB explizit ROTH-MINGRAM, NZG 2015, 1341, 1345; SEIBT, DB 2016, 2707, 2715; MOCK, ZIP 2017, 1195, 1203; BRUNK, aaO (Fn. 14), S. 165, 193.

82 Näher und m. w. N. FLEISCHER, aaO (Fn. 28), § 91 AktG Rdn. 24.

83 Vgl. BGHZ 160, 134 (Infomatec) = NZG 2004, 816; näher BACHMANN, in: Bachmann/Casper/Schäfer/Veil (Hrsg.), Steuerungsfunktionen des Haftungsrechts im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (2008), S. 93, 128 ff; SESTER, ZGR 2006, 1, 21 ff, 24 ff, 32 ff.

84 MOCK, ZIP 2017, 1195, 1203; BRUNK, aaO (Fn. 14), S. 165, 194 f.

85 Überwiegend wird eine solche Haftung sogar gänzlich abgelehnt, sofern der Anwendungsbereich der spezialgesetzlichen Prospekthaftung eröffnet ist, vgl. nur EMMERICH, in: Münchener Komm. z. BGB, 7. Aufl., 2016, § 311 Rdn. 137; generell skeptisch KOCH, aaO (Fn. 19), § 161 AktG Rdn. 29 („außerordentlich vager Ansatz“); näher (zur falschen Entsprechenserklärung) BACHMANN, WM 2002, 2137, 2140 f und BERG/STÖCKER, WM 2002, 1569 ff.

Zur Anspruchsberechtigung gehört ein kausaler Schaden. Z.T. wird er pauschal mit dem Hinweis auf einen fehlenden „Business Case“ für ein CSR-Reporting verneint.<sup>86</sup> Ganz so einfach ist es nicht. Kann ein Anleger im Einzelfall nachweisen, dass er bei Kenntnis der wahren CSR-Lage nicht investiert hätte, was namentlich bei ethisch anlegenden Fonds plausibel ist,<sup>87</sup> kann er etwaige Kursverluste jedenfalls dann geltend machen, wenn diese durch das Bekanntwerden des falschen CSR-Berichts mitverursacht worden sind.<sup>88</sup> Dabei kommen dem Anleger zwar regelmäßig keine Beweiserleichterungen zugute, doch kann der Schaden gem. § 287 ZPO geschätzt werden. Aggressive Anleger mögen zudem auch ohne handfesten Kausalitätsnachweis (Sammel-)Klagen erheben, um die Gesellschaft zu einer vergleichsweisen Zahlung zu bewegen.

### *b) Haftung von Organmitgliedern*

Eine Haftung gegenüber Dritten kommt im Regelfall allein auf deliktischer Grundlage in Betracht.<sup>89</sup> In der Praxis wird sie nur dann geltend gemacht, wenn die Gesellschaft insolvent ist oder wenn der Anspruchsteller aus persönlichen Motiven das Organmitglied direkt angeht.<sup>90</sup> Diese Fälle können hier vernachlässigt werden. Praktisch wichtiger ist die Haftung gegenüber der AG (Innenhaftung). Soweit es um die Verletzung bilanzieller Pflichten, einschließlich der Pflicht zum korrekten CSR-Reporting, geht, ist sie durch Art. 33 Abs. 2 der Bilanzrichtlinie (2013/34/EU) vorgegeben, doch bleibt die nähere Ausgestaltung den Mitgliedstaaten überlassen. Die nach deutschem Recht (§ 93 Abs. 2 AktG) erforderliche schuldhaftes Pflichtverletzung wird sich jenseits des Bereichs vorsätzlichen Handelns selten feststellen lassen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es sich bei den in §§ 289b ff HGB verwandten Merkmalen weithin um unbestimmte, in Rechtsprechung und Literatur noch nicht hinreichend konkretisierte Rechtsbegriffe handelt. Hinzu kommt, dass der Vorstand sich bei der Anwendung komplexer Rechnungslegungsstandards im Regelfall auf seine Fachabteilung verlassen darf.<sup>91</sup> Soweit es um die der Berichterstattung vorgelagerte Pflicht zur Entscheidung über die Verfolgung von CSR-Konzepten geht, verfügen sowohl der Vorstand als auch der Aufsichtsrat über breites

86 So ROTH-MINGRAM, aaO (Fn. 12), S. 277; DIES., NZG 2015, 1341, 1344, 1346.

87 BACHMANN, ZIP 2010, 1517, 1526; ähnlich (zur Kausalität im Kontext der arglistigen Täuschung) ASMUSSEN, NJW 2017, 118, 121 f.

88 Vgl. BGHZ 192, 90, 91 (IKB) = NZG 2012, 263; zust. Anm. BACHMANN, JZ 2012, 571 ff; kritisch KLÖHN, AG 2012, 345 und HELLGARDT, DB 2012, 673.

89 Vgl. BGH NZG 2005, 672 (EM.TV).

90 Exemplarisch BGHZ 166, 84 (Kirch/Breuer); hierzu SCHIRMER, in: Fleischer/Thiessen, Gesellschaftsrechtsgeschichten 2018 (im Erscheinen).

91 Siehe oben Fn. 31.

Ermessen; externe CSR-Standards können als solche nicht den Pflichtenstandard des § 93 Abs. 1 AktG verschärfen.<sup>92</sup>

Problematisch ist die Ermittlung eines kausalen Schadens. In der bisherigen Diskussion wird das Risiko eines solchen Schadenseintritts als gering veranschlagt, doch ist es nicht völlig zu vernachlässigen. Wie oben ausgeführt, ist es denkbar, dass Vertragspartner sich wegen falscher CSR-Berichterstattung von der Gesellschaft abwenden, und bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit kommen Ersatzansprüche irregeführter Anleger in Betracht. Hinzu tritt ein Reputationsschaden, der wenigstens im Verbund mit dadurch verursachten Folgeschäden wie höheren Finanzierungskosten, Umsatzrückgang, PR-Ausgaben einen ersatzfähigen Vermögensschaden darstellt.<sup>93</sup> Seine Bestimmung bereitet Schwierigkeiten, doch gibt es Abhilfen: Zum einen kommt eine Schätzung nach § 287 ZPO in Betracht,<sup>94</sup> zum anderen ist eine Analogie zu den immaterialgüterrechtlichen Grundsätzen in Erwägung zu ziehen.<sup>95</sup> Schließlich können auch Bußgelder, Kosten für eine etwa erforderlich werdende interne Untersuchung, Ausgaben zur Wiederherstellung des lädierten Rufs sowie Zahlungen zur Besänftigung aggressiver Kläger oder (Auslands-)Behörden grundsätzlich einen ersatzfähigen Schaden darstellen.<sup>96</sup>

Im Ergebnis sollten sich Organmitglieder daher nicht damit beruhigen, dass Schadensersatzansprüche ohnehin nicht in Betracht kommen, sondern das betreffende Risiko minimieren.<sup>97</sup> CSR-Angaben sollten nicht so spezifisch erfolgen, dass sie leicht als falsch entlarvt und mit einer Vermögensdisposition Dritter in Verbindung gebracht werden können. CSR-Konzepte sind so auszugestalten, dass die Zielerfüllung ohne größeren Aufwand nachweisbar ist. Bei Vertragsverhandlungen ist darauf Acht zu geben, dass Partner sich wegen (vermeintlicher) CSR-Berichtsmängel nicht ohne weiteres aus der Bindung lösen können. Generell ist die Compliance-Organisation um eine CSR-Komponente zu ergänzen und muss das korporative Risikomanagement Reputationsrisiken einschließen.

92 Siehe oben unter III. 2; eine faktische Verschärfung durch drohende Reputationsverluste sehend HOMMELHOFF, BOARD 2018, 70, 71.

93 KLÖHN/SCHMOLKE, NZG 2015, 689, 692 f.; SEIBT, DB 2015, 171 f. Eingehend KRÖGER, Korruptionsschäden, Unternehmensgeldbußen und Imageschäden, 2013, S. 255 ff.

94 Zur extensiven Anwendung der Norm im Organhaftungsfall siehe LG München I ZIP 2014, 570 ff (Siemens/Neubürger).

95 Dafür KRÖGER, aaO (Fn. 93), S. 285 f.

96 Vgl. LG München I ZIP 2014, 570 (Siemens/Neubürger) mit Anm. BACHMANN, ZIP 2014, 579 ff.

97 So auch SEIBT, DB 2016, 2707, 2715.

## 5. Anfechtung von HV-Beschlüssen

### a) Entlastungsbeschlüsse

#### aa) Ausgangspunkt

Dem BGH zufolge kann eine fehlerhafte Entsprechenserklärung (§ 161 AktG) die Anfechtbarkeit von Entlastungsbeschlüssen begründen.<sup>98</sup> Ob diese Rechtsprechung auf die fehlerhafte CSR-Berichterstattung übertragen werden kann, wird nicht einheitlich beurteilt. Zum Teil wird die Frage bejaht,<sup>99</sup> zum Teil verneint.<sup>100</sup> Der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags hatte sich bei der Beratung des CSR-RUG mit dem Thema befasst und war zu dem Schluss gekommen, dass das Anfechtungsrisiko gering und ein ausdrücklicher Ausschluss der Anfechtung daher „nicht erforderlich“ sei.<sup>101</sup> Allerdings hatte er dabei nur den Aufsichtsrat und seine Prüfungspflichten vor Augen.

Die Frage, ob Fehler bei der Lageberichterstattung die Anfechtung von Hauptversammlungsbeschlüssen rechtfertigen, ist nicht neu. Im Zusammenhang mit der „Erklärung zur Unternehmensführung“ (§ 289f HGB) habe ich sie 2010 bereits näher untersucht.<sup>102</sup> Anknüpfend an die seinerzeitigen Überlegungen ist zunächst daran zu erinnern, dass die Entlastung aus zwei Gründen attackiert werden kann: Zum einen, wenn den Entlasteten schwerwiegende Gesetzes- oder Satzungsverstöße zur Last fallen (Inhaltsmangel),<sup>103</sup> zum anderen, wenn der Hauptversammlung relevante Informationen vorenthalten wurden, die sie zur sachgerechten Entscheidung über die Entlastung benötigt (Informationsmangel).<sup>104</sup> Im ersten Fall überschreitet die Hauptversammlung ihr Ermessen, wenn sie die Entlastung beschließt, im zweiten kommt es darauf an, ob die vorenthaltene Information für einen objektiv urteilenden Aktionär von Relevanz gewesen wäre (vgl. § 243 Abs. 4 AktG).

98 BGHZ 180, 9, Tz. 26 und dritter Leitsatz = NZG 2009, 342 (Kirch/Deutsche Bank); BGHZ 182, 272, 280 ff, Tz. 16, 18 (unter Zitat von BGHZ 153, 47) = NZG 2009, 1270; BGH ZIP 2010, 879.

99 ROTH-MINGRAM, aaO (Fn. 12), S. 273; DIES., NZG 2015, 1341, 1344; WELLER/KALLER/SCHULZ, AcP 216 (2016), 387, 412; BRUNK, aaO (Fn. 14), S. 165, 197; im Grundsatz auch HECKER/BRÖCKER, AG 2017, 761, 769 f.

100 MOCK, ZIP 2017, 1195, 1202.

101 BT-Drucks. 18/11450, S. 47.

102 Ausführlich BACHMANN, ZIP 2010, 1517, 1523 ff (zu § 289 a HGB a. F.).

103 Klarstellend BGHZ 153, 47 = NJW 2003, 1032 (Macrotron); zuvor schon BGHZ 62, 193 = NJW 1974, 855; aus der Literatur nur HOFFMANN, in: Spindler/Spilz, Komm. z. AktG, 3. Aufl., 2015, § 120 Rdn. 50 f; für die Gegenansicht MÜLBERT, aaO (Fn. 49), § 120 AktG Rdn. 91 ff m. w. N.

104 BGHZ 160, 385 = NZG 2005, 77 (Thyssen/Krupp); OLG Stuttgart AG 2005, 94, 95 f; KUBIS, NZG 2005, 791, 796; WEITEMEYER, NZG 2005, 341, 342; HOFFMANN, aaO (Fn. 103), § 120 AktG Rdn. 44.

*bb) Die Grundsätze der BGH-Rechtsprechung*

Die Rechtsprechung unterscheidet nicht trennscharf zwischen den beiden Fehlerkategorien, was damit zusammenhängt, dass die Vorenthaltung vorgeschriebener Informationen immer auch einen Gesetzesverstoß darstellt.<sup>105</sup> So bestätigte der BGH die Aufhebung des Entlastungsbeschlusses einer abhängigen AG, weil in dem der Hauptversammlung vorgelegten Lagebericht die Schlusserklärung zum Abhängigkeitsbericht nach § 312 Abs. 3 AktG nicht enthalten war. Da es sich dabei um einen zwingend vorgeschriebenen Berichtsteil handele, sei sein Fehlen nicht anders zu bewerten, als wenn die Berichte überhaupt fehlten: Die Hauptversammlung handele gesetzwidrig, wenn sie gleichwohl Vorstand und Aufsichtsrat entlastet.<sup>106</sup> Daran anknüpfend urteilte der BGH später, dass der fehlende Bericht des Aufsichtsrats über die Prüfung des Abhängigkeitsberichts (§ 314 Abs. 2 AktG) ein so schwerwiegender und eindeutiger Gesetzesverstoß sei, dass er die Aufhebung des Entlastungsbeschlusses rechtfertige.<sup>107</sup> Obwohl es sich in beiden Fällen um Informationsmängel handelt, geht das Gericht offenbar von einem Inhaltsfehler in Gestalt eines schwerwiegenden Gesetzesverstoßes aus.

Ähnlich verfährt der BGH hinsichtlich der fehlerhaften Entsprechenserklärung (§ 161 AktG): Einerseits wird darin ein Gesetzesverstoß und damit eine Verletzung der Organpflichten gesehen (= Inhaltsmangel),<sup>108</sup> andererseits stellt der II. Senat darauf ab, dass der den Aktionären zustehende „Anspruch auf eine zutreffende Unterrichtung“ nicht erfüllt worden sei, geht also von einem Informationsmangel aus.<sup>109</sup> Für das Ergebnis macht dies in vielen Fällen keinen Unterschied, doch sind die Fehlergruppen keineswegs kongruent.<sup>110</sup> So kann ein Inhaltsmangel die Anfechtung der Entlastung nur dann tragen, wenn der Rechtsverstoß innerhalb des Entlastungszeitraums erfolgte, während ein Informationsmangel auch noch danach relevant ist. Umgekehrt kann ein Informationsmangel bis zur Beschlussfassung geheilt werden, was beim Inhaltsmangel naturgemäß nicht möglich ist. Ferner muss der Inhaltsmangel für die

105 Dies ist der Rechtsprechung immer wieder vorgehalten worden, so schon BACHMANN/BECKER, WuB II A. § 161 AktG 1.09; eingehend und mit den gebotenen Konsequenzen BAYER/SCHOLZ, ZHR 181 (2017), 861 ff m. w. N.

106 Vgl. BGHZ 62, 193 = NJW 1974, 855.

107 BGHZ 153, 47 = NJW 2003, 1032 (Macrotron; Leitsatz 1); siehe auch BGH NZG 2010, 943.

108 BGHZ 180, 9, Tz. 26 und dritter Leitsatz = NZG 2009, 342 (Kirch/Deutsche Bank); allgemein zur Anfechtbarkeit von Entlastungsbeschlüssen aus diesem Grund BGHZ 160, 385, 388 (unter Zitat von BGHZ 153, 47) = NZG 2005, 77 (Thyssen/Krupp).

109 BGHZ 180, 9, Tz. 28 = NZG 2009, 342 (Kirch/Deutsche Bank).

110 Ausführlich BAYER/SCHOLZ, ZHR 181 (2017), 861, 875 ff, 886 ff.

Hauptversammlung erkennbar sein,<sup>111</sup> was für den Informationsmangel nicht gilt.

*cc) Anwendung der Grundsätze auf den CSR-Bericht*

Wendet man diese Grundsätze auf den CSR-Bericht an, so gilt folgendes: Bei *vollständigem Fehlen* der nach § 289b HGB abzugebenden nichtfinanziellen Erklärung kann ohne nähere Prüfung von einer Anfechtbarkeit der gleichwohl erteilten Entlastung ausgegangen werden.<sup>112</sup> Denn die nichtfinanzielle Erklärung ist Bestandteil des Lageberichts, der nicht nur zu den der Hauptversammlung zwingend vorzulegenden Materialien gehört (vgl. §§ 175 Abs. 2, 176 Abs. 1 AktG), sondern aufgrund seines Inhalts besonders entlastungsrelevant ist, vgl. § 120 Abs. 3 Satz 2 AktG a. F.<sup>113</sup> Wenn das Fehlen der Schluss-erklärung zum Abhängigkeitsbericht, die ebenfalls in den Lagebericht aufzunehmen ist (§ 312 Abs. 3 Satz 3 AktG), die Anfechtung rechtfertigt,<sup>114</sup> kann für die fehlende nichtfinanzielle Erklärung nichts anderes gelten.

Dem steht nicht entgegen, dass der CSR-Bericht außerhalb des Lageberichts abgegeben werden kann („gesonderter nichtfinanzieller Bericht“), denn hierbei handelt es sich um eine rechtstechnische Erleichterung, die nichts daran ändert, dass es sich um eine dem Lagebericht gleichzustellende Erklärung handelt, wie das Gebot der Offenlegung „zusammen mit dem Lagebericht“ (§ 289b Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 a) HGB) bzw. der Bezugnahme im Lagebericht (§ 289b Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 b) HGB) belegt. Wurde kein gesonderter nichtfinanzieller Bericht veröffentlicht, entfällt die Befreiungswirkung nach § 289b Abs. 3 HGB, sodass der Lagebericht unvollständig ist. Dasselbe gilt, wenn der gesonderte Bericht im Internet veröffentlicht wurde, aber die vorgeschriebene Bezugnahme im Lagebericht fehlt.

Aus ähnlichen Erwägungen heraus wird man es als anfechtungsrelevant ansehen müssen, wenn einer der in § 289c Abs. 2 HGB aufgelisteten fünf Aspekte (Umweltbelange, Arbeitnehmerbelange, Sozialbelange, Achtung der Menschenrechte, Korruptionsbekämpfung) gar nicht behandelt wird. Selbiges gilt,

111 H.M., vgl. OLG Stuttgart AG 2016, 370, 373 f; OLG Stuttgart NZG 2012, 425; OLG Stuttgart NZG 2011, 146; OLG Köln ZIP 2009, 1999; aus der Lit. nur HOFFMANN, aaO (Fn. 103), § 120 AktG Rdn. 49.

112 In diesem Sinne auch HECKER/BRÖCKER, AG 2017, 761, 769; BRUNK, aaO (Fn. 14), S. 165, 197.

113 § 120 Abs. 3 Satz 2 AktG a. F., der die Entlastungsrelevanz der der Hauptversammlung vorzulegenden Materialien noch deutlich zum Ausdruck brachte, ist durch das ARUG gestrichen worden. Der Gesetzgeber wollte damit aber nicht deren Entlastungsrelevanz negieren, sondern bezweckte lediglich eine Straffung des Gesetzes, vgl. RefE ARUG zu Nummer 7 (Änderung des § 120 Abs. 3 AktG), S. 39.

114 Vgl. BGHZ 62, 193 = NJW 1974, 855.

wenn eine der sechs in § 289 c Abs. 3 HGB genannten, für das Verständnis der Lage erforderlichen Angaben (Konzepte, Ergebnisse etc.) fehlt, ohne dass das Fehlen – soweit dies zulässig ist (vgl. § 289 c Abs. 4 HGB) – begründet wird.<sup>115</sup> Nicht ohne weiteres anfechtungsträchtig – und zwar weder unter dem Gesichtspunkt des Informations- noch des Inhaltsmangels – erscheint mir der unterbliebene Hinweis auf die Verwendung von Rahmenwerken oder die Erläuterung ihrer Nichtverwendung (§ 289 d HGB), solange der Aktionär nur die nichtfinanziellen Angaben überhaupt erhält. Werden Pflichtangaben weggelassen, obwohl die Voraussetzungen dafür nach § 289 e HGB nicht erfüllt sind, kann auch das die Anfechtung rechtfertigen; die Organmitglieder sollten durch den ihnen dabei zustehenden Spielraum („vernünftige kaufmännische Beurteilung“) hinreichend geschützt sein.

Differenzierter zu würdigen ist der Fall, dass der CSR-Bericht mit seinen vorgeschriebenen Bestandteilen vorhanden, aber *mangelbehaftet* ist. Hier muss unter Orientierung an der vorhandenen Rechtsprechung sorgfältig unter die beiden Fehlerkategorien subsumiert werden. Ein eindeutiger und schwerwiegender Verstoß gegen Organpflichten (Inhaltsmangel) wird sich dabei eher selten feststellen lassen.<sup>116</sup> Dies gilt zunächst für den Aufsichtsrat, weil ihm bei der Prüfung des CSR-Berichts ein erheblicher Ermessensspielraum zuzubilligen ist.<sup>117</sup> Entsprechendes ist aber auch für den Vorstand anzunehmen, zumal die Vorgaben in § 289 c HGB offen und unbestimmt formuliert sind.<sup>118</sup> Weil der CSR-Bericht auch keiner laufenden Aktualisierungspflicht unterliegt,<sup>119</sup> reduziert sich das Fehlerrisiko weiter. Bei strafbarer (d.h. vorsätzlicher und erheblicher) Falschberichterstattung muss allerdings stets ein Inhaltsmangel angenommen werden.<sup>120</sup>

Schwieriger ist die Fehlerkategorie des Informationsmangels. Im Ausgangspunkt kann es keinen Unterschied machen, ob der Aktionär gar nicht oder falsch informiert wird, weil in beiden Fällen der Zweck der Informationspflicht – die Aktionäre in die Lage einer aufgeklärten Entscheidung zu ver-

115 Für Anfechtbarkeit bei gänzlich fehlender Begründung auch BAYER/SCHOLZ, ZHR 181 (2017), 861, 880 (betr. Entsprechenserklärung).

116 Zurückhaltend auch BAYER/SCHOLZ, ZHR 181 (2017), 861, 880 (betr. Entsprechenserklärung).

117 So der BT-Rechtsausschuss, siehe BT-Drucks. 18/11450, S. 47; tendenziell strenger ARENS/PETERSEN, Der Konzern 2011, 197, 206 (betr. Entsprechenserklärung).

118 Vgl. HENNRICHS, ZGR 2018, 206 ff (in diesem Heft). Dass der Verwaltung bei offener Rechtslage ein Beurteilungsspielraum einzuräumen ist, ist in der Rechtsprechung zur Entlastung anerkannt, siehe BGHZ 194, 14, 22 Rdn. 23 (Fresenius) = NZG 2012, 164; BGH AG 2013, 90, 91; BGH AG 2012, 248 (Commerzbank/Dresdner Bank). Vertiefend VERSE, ZGR 2017, 174 ff.

119 Vgl. BACHMANN, ZIP 2010, 1517, 1522 (zur Entsprechenserklärung).

120 Vgl. ARENS/PETERSEN, Der Konzern 2011, 197, 205 f; HOFFMANN, aaO (Fn. 103), § 120 AktG Rdn. 49 f.



setzen – vereitelt wird. Das bestätigt § 243 Abs. 4 AktG, wonach nicht nur die unvollständige, sondern auch die „unrichtige“ Information einen Anfechtungsgrund darstellen kann. Voraussetzung ist allerdings, dass „ein objektiv urteilender Aktionär die Erteilung der Information als wesentliche Voraussetzung für die sachgerechte Wahrnehmung seiner Teilnahme- und Mitgliedschaftsrechte angesehen hätte“ (§ 243 Abs. 4 Satz 1 AktG). In dieser Hinsicht lässt die Rechtsprechung ein differenziertes Bild erkennen. Während das fehlende Eingehen auf massive wirtschaftliche Schwierigkeiten<sup>121</sup> oder auf den Abhängigkeitsbericht<sup>122</sup> im Bericht des Aufsichtsrats die Anfechtung der Entlastung rechtfertigt, hat man der unvollständigen Angabe über die Ausschüsse und die Zahl ihrer Sitzungen keine entsprechende Relevanz beigemessen.<sup>123</sup> In ähnlicher Manier unterscheidet der BGH bei der fehlerhaften Entsprechenserklärung danach, ob es sich um einen bloßen „Formalverstoß“ handelt, oder ob das verschwiegene Nichtentsprechen einen für die Hauptversammlung wesentlichen Punkt betrifft, der „auch im konkreten Einzelfall Gewicht“ hat.<sup>124</sup>

Der differenzierte Ansatz der Rechtsprechung überzeugt.<sup>125</sup> Lassen sich auf seiner betont einzelfallorientierten Grundlage auch nicht alle Fälle vorab beurteilen, so kann als Leitlinie doch festgehalten werden, dass bei mangelhaften Informationen zu CSR-Belangen i. d. R. eine *doppelte Relevanzprüfung* vorzunehmen ist.<sup>126</sup> Zuerst ist festzustellen, in welchem Umfang die (mangelhaft erfolgte) Angabe für das konkrete Unternehmen bedeutsam und für das Verständnis des Geschäftsverlaufs, des Geschäftsergebnisses, der Lage sowie der Auswirkungen auf die Tätigkeit erforderlich ist (vgl. § 289c Abs. 3 HGB). Dabei ist dem Vorstand aufgrund der vagen gesetzlichen Vorgabe ein Beurteilungsspielraum zuzugestehen. Sodann muss die korrekte Beschreibung der verfolgten CSR-Konzepte bzw. CSR-Risiken für den objektiv über die Entlastung urteilenden Aktionär von Relevanz sein.

Als Faustformel kann man sagen, dass CSR-Konzepte, die entgegen der erfolgten Darstellung nur auf dem Papier existieren oder grob unvollkommen sind, einen relevanten Informationsmangel darstellen, während dies für Ungenauigkeiten oder kleinere Abweichungen zu verneinen ist. Bedeutung kann dabei dem Umstand zukommen, ob das Informationsdefizit durch andere

121 OLG Stuttgart NZG 2006, 472, 473.

122 BGHZ 153, 47 = NJW 2003, 1032 (Macrotron).

123 So OLG Hamburg AG 2001, 359, 362.

124 BGHZ 182, 272 = NZG 2009, 1270, 1272 Rdn. 16, 18.

125 A. A. ARENS/PETERSEN, Der Konzern 2011, 197, 204, 207, die die Anfechtbarkeit bei fehlerhaftem Lagebericht stets bejahen, weil dieser die entscheidende Informationsgrundlage für den Entlastungsbeschluss sei.

126 BACHMANN, ZIP 2010, 1517, 1525 (zu § 289f HGB); KIEFNER, NZG 2011, 201, 204, 208 (zur Entsprechenserklärung).

Quellen ausgeglichen wird.<sup>127</sup> Da externe Informationen nicht die gleiche Verlässlichkeit haben, beseitigt die zufällige oder gerüchteweise Kenntnis den Informationsmangel aber nicht automatisch.<sup>128</sup>

*dd) Einwände gegen die Anfechtbarkeit*

Die Anfechtbarkeit der Entlastung wegen fehlerhafter CSR-Berichterstattung lässt sich nicht mit der Überlegung kontern, dass es sich um Informationen handele, die für den (Kapital-)Markt gedacht seien.<sup>129</sup> Denn der CSR-Bericht ist den Aktionären zugänglich zu machen, also auch für diese bestimmt (vgl. §§ 175 Abs. 2, 176 Abs. 1 AktG). Daraus ergibt sich zugleich der Hauptversammlungsbezug, weshalb der z. T. gegen die BGH-Rechtsprechung zur Entsprechenserklärung erhobene Einwand mangelnder Hauptversammlungsrelevanz hier nicht greift.<sup>130</sup> Schließlich kann die Anfechtbarkeit nicht mit dem Hinweis abgelehnt werden, die CSR-Berichterstattung betreffe nicht die Organisationsverfassung der AG, sondern deren Außenverhältnis.<sup>131</sup> Denn auch eine das „Außenverhältnis“ betreffende Information kann für die Entscheidung der Aktionäre, ob sie das Verhalten der Verwaltung im abgelaufenen Geschäftsjahr billigen wollen, relevant sein, und für einen Inhaltsmangel kommt es auf die Unterscheidung Innen- /Außenverhältnis ohnehin nicht an.

Es bleibt der Versuch, durch analoge Anwendung von § 52 WpHG zu einem Anfechtungsausschluss zu gelangen.<sup>132</sup> Die Norm schließt die Anfechtung wegen Verletzung der in §§ 48 ff WpHG geregelten Informationspflichten aus. Der Analogie steht indes schon die fehlende Regelungslücke entgegen, da der Gesetzgeber in Kenntnis der Problematik von einem expliziten Anfechtungsausschluss abgesehen hat.<sup>133</sup> Rechtspolitisch mag einiges für einen solchen Ausschluss streiten.<sup>134</sup> Andererseits kann das Damoklesschwert des Entlastungsentzugs in den Händen wachsamer Aktionäre auch sein Gutes haben

127 Vgl. (zur Entsprechenserklärung) BGHZ 182, 272 = NZG 2009, 1270, 1272 Rdn. 18; THEUSINGER/LIESE, DB 2008, 1419, 1422; ablehnend ARENS/PETERSEN, Der Konzern 2011, 197, 204.

128 BAYER/SCHOLZ, ZHR 181 (2017), 861, 890.

129 In diese Richtung LEUERING, DStR 2010, 2255, 2257 (zur Entsprechenserklärung).

130 Zu diesem Einwand KIEFNER, NZG 2011, 201, 204; BAYER/SCHOLZ, ZHR 181 (2017), 861, 883 f.

131 So aber MOCK, ZIP 2017, 1195, 1202.

132 So für die fehlerhafte Entsprechenserklärung LEUERING, DStR 2010, 2255, 2257; vgl. auch MUTTER, ZGR 2009, 788, 798; dagegen die ganz h.M., siehe nur KOCH, aaO (Fn. 19), § 161 AktG Rdn. 31; LEYENS, Großkomm. z. AktG, 4. Aufl., 2012, § 161 Rdn. 470.

133 Siehe oben Fn. 101.

134 Dafür DAV-HANDELSRECHTSAUSSCHUSS, NZG 2012, 380, 383; BACHMANN, AG 2012, 565, 571; unentschieden der 69. DJT, der einerseits für die Beibehaltung der Anfech-

(Stichwort: „*private enforcement*“). Vorbehaltlich einer Reform des Beschlussmängelrechts sollte es daher bei dem bisherigen Zustand bleiben.<sup>135</sup>

### *b) Andere Beschlüsse*

Heiß debattiert wurde die Frage, ob auch andere Beschlüsse von einer fehlerhaften Entsprechenserklärung infiziert werden können. Auslöser der Debatte war eine Entscheidung des OLG München, das eine in Widerspruch zu den Empfehlungen des DCGK stehende Aufsichtsratswahl für nichtig erklärt hatte.<sup>136</sup> Die mangelhafte Begründung des Urteils zog Kritik auf sich,<sup>137</sup> doch ändert das nichts daran, dass eine Anfechtung wegen Informationsmängeln durchaus in Betracht kommt. Bei der Wiederwahl eines Aufsichtsratsmitglieds kann das der Fall sein, wenn CSR-bewusste Aktionäre in grober Weise darüber getäuscht wurden, dass das betreffende Mitglied (oder der von diesem unterstützte Vorstand) in der Vergangenheit nicht die behaupteten CSR-Konzepte verfolgt hat.<sup>138</sup> Anfechtbar mag auch die erstmalige Wahl sein, denn die Kenntnis von der verfolgten CSR-Politik kann mitentscheidend dafür sein, wer die zur Ausfüllung der Rolle am besten geeigneten Bewerber sind. Eher theoretisch ist der Fall, dass eine Strukturmaßnahme (z. B. Kapitalerhöhung) den Aktionären mit dem Hinweis schmackhaft gemacht wird, dass sich so die im CSR-Bericht dargestellten (aber in Wahrheit nicht verfolgten) CSR-Konzepte besser realisieren ließen.

## *6. Verbesserung der Durchsetzung*

### *a) Richtlinienkonformität*

Insgesamt wird das deutsche Recht den Sanktionsanforderungen der Bilanzrichtlinie gerecht. Der viel diskutierte zehnte Erwägungsgrund der CSR-

tungslösung plädierte (Beschluss Nr. 10 a), andererseits einen Anfechtungsausschluss nach Muster des § 30g WpHG a. F. befürwortete (Beschluss Nr. 10 c).

135 Zu Verbesserungsvorschlägen unten, V. 6. c). Zum Reformbedarf im Beschlussmängelrecht siehe J. KOCH, Gutachten zum 72. DJT (2018).

136 OLG München AG 2009, 294 (MAN) mit Anm. BACHMANN/BECKER, WuB II A. § 161 AktG 1.09. Abweichend zuvor noch LG München NZG 2008, 150. Die Nichtzulassungsbeschwerde wurde vom BGH verworfen (Az. II ZR 14/09).

137 Vgl. BACHMANN/BECKER, WuB II A. § 161 AktG 1.09; KOCHER/BEDKOWSKI, BB 2009, 235; VON FALKENHAUSEN/KOCHER, ZIP 2009, 1149, 1150f; GOSLAR/VON DER LINDEN, DB 2009, 1691, 1696.

138 ROTH-MINGRAM, aaO (Fn. 12), S. 275; vgl. auch BACHMANN, ZIP 2010, 1517, 1525; GOSLAR/VON DER LINDEN, DB 2009, 1691, 1696.

Richtlinie steht dem nicht entgegen. Soweit darin „sachgerechte und wirksame“ Mechanismen zur Gewährleistung korrekter Berichterstattung gefordert werden, geht dies nicht über die allgemeinen Anforderungen der Richtlinie hinaus. Sofern weiter von Verfahren die Rede ist, die allen Personen offenstehen, welche ein berechtigtes Interesse an der Erfüllung der CSR-Berichtspflicht haben, steht dies unter dem ausdrücklichen Vorbehalt, dass das nationale Recht ein solches Interesse anerkennt. Da es sich zudem nur um einen Erwägungsgrund handelt, ist Deutschland nicht verpflichtet, die oben diskutierten Verfahren für Verbraucher oder NGOs zu öffnen.<sup>139</sup> Gleichwohl ist zu fragen, ob die dargestellten Sanktionen verbesserungswürdig sind. Die Antwort hängt u. a. davon ab, ob man nur eine korrekte CSR-Berichterstattung gewährleisten oder weitergehenden Druck aufbauen will.

### *b) Weitere Sanktionen*

Private und öffentliche Akteure haben es zum Teil selbst in der Hand, Abweichungen von berichteten CSR-Standards zu sanktionieren.<sup>140</sup> So droht, je nach Gestaltung der betreffenden Regelwerke, bei falschem CSR-Bericht der Ausschluss aus einem Nachhaltigkeitsindex. Kunden und Lieferanten mögen ein fehlerhaftes CSR-Reporting zum Anlass nehmen, Vertragsbeziehungen zu beenden oder nicht weiter fortzuführen.<sup>141</sup> Öffentlichen Auftraggebern ist es durch die Vergaberechtsreform 2016 leichter gemacht worden, CSR-Aspekte im Rahmen von Vergabeverfahren vorzugeben.<sup>142</sup> So finden soziale und umweltbezogene Aspekte gemäß § 97 Abs. 3 GWB bereits im Vergabeverfahren Berücksichtigung.<sup>143</sup> Nach der neuen vergaberechtlichen Ausnahmeregelung hinsichtlich des Sozialbereichs in § 118 GWB können außerdem Unternehmen privilegiert werden, die in bestimmtem Umfang behinderte oder benachteiligte Personen beschäftigen. Darüber hinaus darf der Verzicht auf die überobligatorische Förderung von CSR-Belangen aber prinzipiell nicht zur Benachteiligung im Vergabeverfahren führen.<sup>144</sup> Die fehlerhafte CSR-Berichterstattung führt, soweit sich aus ihr nicht zugleich das Vorliegen eines Ausschlussgrundes ergibt, weiterhin nicht *zum Ausschluss von öffentlichen Aufträgen*, da es sich

139 Ebenso MOCK, ZIP 2017, 1195, 1202; KUMM/WOODTLI, Der Konzern 2016, 218, 218, 232; ROTH-MINGRAM, NZG 2015, 1341, 1345.

140 Näher SPIßHOFER, aaO (Fn. 2), S. 377 ff, 632 ff.

141 Siehe bereits oben, V. 4. a) (Fn. 76).

142 Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (VergRModG) v. 17.2.2016, BGBl. I S. 203.

143 Zuvor konnten diese Aspekte nur als zusätzliche Anforderungen an die Auftragsausführung einbezogen werden, § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB a. F.

144 Nach § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB müssen derartige „Verfehlungen“ die Qualität eines Gesetzesverstößes haben.

nicht um einen gesetzlichen Ausschlussstatbestand i.S.v. §§ 122f GWB handelt.<sup>145</sup> Umgekehrt können CSR-Bemühungen aber auch keine nach § 125 GWB erforderlichen Selbstreinigungsmaßnahmen darstellen und dürften sich in der Regel nicht einmal dazu eignen, die Glaubwürdigkeit der ergriffenen Selbstreinigungsmaßnahmen zu steigern.<sup>146</sup>

Gesellschaftsrechtlich sind der Verzicht auf Neubestellung, der Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung (§ 84 Abs. 3 Satz 2 AktG), die Abmahnung durch den Aufsichtsrat und die Reduktion der variablen Vergütung (falls entsprechend vereinbart) zu nennen, in extremen Fälle der Widerruf der Bestellung (§ 84 Abs. 3 AktG) und die Beendigung des Anstellungsvertrags. Nicht zu vergessen ist, dass ein fehlerhaftes CSR-Reporting Indiz einer mangelhaften Compliance-Organisation sein kann – wer Falsches zur Wahrung von Umweltbelangen verlautbart, nimmt es vielleicht auch im Übrigen mit den einschlägigen Normen nicht genau. Die Angst vor der Aufdeckung von (vermeintlichen) Compliance-Verstößen übt somit zusätzlichen Druck zur korrekten CSR-Berichterstattung aus.

### *c) Verbesserung des Sanktionsmechanismus*

Trotz des breiten Spektrums förmlicher und formloser Sanktionen stellt sich die Frage, ob der Sanktionsmechanismus treffsicherer gestaltet werden kann. Für die Anfechtung der Entlastung wegen fehlerhafter Entsprechenserklärung hat man vorgeschlagen, diese durch eine Individualklage auf Feststellung der Verletzung von Berichtspflichten zu ersetzen.<sup>147</sup> Denn einerseits sei es überschießend, in solchen Fällen die gesamte Entlastung zu kassieren, andererseits mag sich der Richter aus eben diesem Grund an der Aufhebung gehemmt sehen, womit der fehlerhafte Bericht juristisch folgenlos bleibt. Der Vorschlag sollte bei einer Reform des Beschlussmängelrechts aufgegriffen werden.<sup>148</sup>

Es stellt sich aber noch ein grundsätzliches Problem. Alle diskutierten Sanktionen setzen voraus, dass die Unrichtigkeit des CSR-Berichts *bekannt* ist. Sie installieren jedoch keinen Mechanismus, um diese Kenntnis zu befördern. Die vordringliche rechtspolitische Frage lautet daher nicht, ob auf die vorhandenen

145 In Betracht käme höchstens, sofern eine Straftat nach § 331 HGB begangen und dem Unternehmen nach § 123 Abs. 3 GWB zugerechnet wurde, § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB („schwere Verfehlung [...], durch die die Integrität des Unternehmens infrage gestellt wird“) oder bei Erheblichkeit Nr. 9 c („irreführende[n] Informationen, die die Vergabeentscheidung des öffentlichen Auftraggebers erheblich beeinflussen könnten“).

146 So DREHER/HOFFMANN, NZBau 2014, 150, 151.

147 So TRÖGER, ZHR 175 (2011), 746, 782 ff.

148 Siehe oben (Fn. 135).

Sanktionen weitere aufgesattelt werden müssen sondern, ob verlässliche Mechanismen in Kraft sind, die eine Entdeckung falschen CSR-Reportings (und damit die Bekämpfung des sog. *Greenwashing*) gewährleisten.<sup>149</sup> Diese Frage wurde schon bei der Einführung von § 161 AktG aufgeworfen. Manche plädierten dafür, den Inhalt der Entsprechenserklärung einer Inhaltsprüfung zu unterziehen.<sup>150</sup> Dadurch würde der Weg ins bewährte und flexible Enforcement-Verfahren eröffnet.<sup>151</sup> Allerdings stieß und stößt eine Ausweitung der Pflichtprüfung auf Widerstände.<sup>152</sup>

Als Alternative rückt die Idee in den Blick, ein stichproben- oder anlassbezogenes *Evaluations- und Monitoring-Verfahren* zu etablieren, das sich am Vorbild des Bilanzkontrollverfahrens orientiert, von der traditionellen Abschlussprüfung aber entkoppelt ist. Auf dieser Basis ist jüngst vorgeschlagen worden, nach dem (völkerrechtlichen) Muster der Nationalen Kontaktstellen (NKS) eine Evaluationsprozedur aufzusetzen, die es Individuen und NGOs ermöglicht, vermutete Menschenrechtsverletzungen durch Unternehmen in einem quasi-justiziellen Verfahren aufarbeiten und ggfs. öffentlich beanstanden zu lassen.<sup>153</sup> Der Vorteil gegenüber herkömmlichen Prüfungs- und Sanktionsmechanismen wird darin gesehen, eine bessere Einbindung von Stakeholdern zu gewährleisten und durch ein Follow-Up (Monitoring) effektive Lernprozesse anzuleiten.

Dieser Vorschlag ist sympathisch, wobei klar zu sehen ist, dass er den bisherigen Sanktionspfad verlässt, indem er nicht allein auf korrekte Berichterstattung, sondern auf die tatsächliche Verwirklichung bestimmter CSR-Belange (Menschenrechte) zielt. Erkennt man die Verantwortung von Unternehmen für die Einhaltung von CSR-Belangen grundsätzlich an, handelt es sich nur um die Fortsetzung dessen, was aus dem Compliance-Baukasten bekannt ist. Namentlich das Monitor-begleitete Follow-Up ist in Korruptionsfällen hierzulande kein Novum. Werden die derzeit diskutierten Vorschläge für ein Verbandssanktionengesetz Realität, wird man es bald auch im Bundesgesetz-

149 Vgl. FISCHER, Nachhaltigkeitsberichte zahlen sich aus, Börsen-Zeitung v. 25.1.2018, S. 2: „Güte der Nachhaltigkeitsberichte [...] ausbaufähig“. Näher zum Greenwashing EICKENJÄGER, Menschenrechtsberichterstattung durch Unternehmen, 2017, S. 100 ff.

150 Dafür namentlich ULMER, ZHR 166 (2002), 150, 176; BACHMANN, WM 2002, 2137, 2143.

151 Vgl. BACHMANN, WM 2011, 1301, 1308; DERS., AG 2012, 565, 571. Speziell zum CSR-Reporting jetzt EICKENJÄGER, aaO (Fn. 149), S. 243 ff, 263 ff (Vor- und Nachteile aufzeigend).

152 Für externen Audit aber Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN (BT-Drucks. 18/11450, S. 43).

153 EICKENJÄGER, aaO (Fn. 149), S. 274 ff. Zur NKS siehe den Nationalen Aktionsplan „Umsetzung der VN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte“ (NAP) der Bundesregierung, S. 26 (abrufbar im Internet unter [www.csr-in-deutschland.de](http://www.csr-in-deutschland.de)).

blatt finden.<sup>154</sup> Bis dahin sind die Emittenten aufgerufen, Beschwerdeverfahren in Eigenregie zu etablieren.<sup>155</sup>

## VI. Fazit

Die Pflicht zur CSR-Berichterstattung beschert Vorstand und Aufsichtsrat zusätzliche Arbeit. Insbesondere gibt sie ihnen Anlass, sich über die (freiwillige) Verfolgung von CSR-Konzepten Gedanken zu machen und deren Wert für die Verfolgung der Unternehmensziele einzuschätzen. Neue Pflichten werden den Organen aber – abgesehen von der Berichtspflicht – nicht aufgebürdet, denn das Unternehmensinteresse gebot es schon bisher, entsprechende Überlegungen anzustellen. Allerdings wird sich die Waage künftig eher in Richtung Nachhaltigkeit neigen. Die Palette der Sanktionen bei Nichterfüllung der durch §§ 289b ff HGB auferlegten Pflichten ist breit und auf den ersten Blick besorgniserregend, jedoch sorgen verschiedene Puffer dafür, dass sich das Risiko ihrer Verwirklichung in engen Grenzen hält. Für die Zukunft muss beobachtet werden, ob sie treffsicher genug sind, um unerwünschtes „Greenwashing“ zu vermeiden.

154 Einen Monitor vorsehend § 5 Abs. 4 und § 14 Abs. 4 des „Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes“.

155 So auch die Anregung der Bundesregierung im NAP, aaO (Fn. 153), S. 25.